

Zur Problematik der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag

Christos Arvanitis

*Diss
München
1982*

ZUR
PROBLEMATIK DER UNTERSCHIEDUNG
ZWISCHEN
MORD UND TOTSCHLAG

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
CHRISTOS ARVANITIS

MÜNCHEN
1982

Referent : Professor Dr. Claus Roxin

Korreferent : Professor Dr. Horst Schüler-Spingorum

Tag der mündlichen Prüfung:

26. Februar 1982

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	V-VI
Literaturverzeichnis.....	VII-XXII
Vorbemerkungen.....	1

Erster Teil

Die Entwicklung der Unterscheidung der vorsätzlichen Tötungsdelikte in der Rechtsgeschichte

1. Prolegomena zu der Problematik der vorsätzlichen Tötung.....	3
2. Das altgriechische Recht.....	5
3. Das römische Recht.....	8
4. Der Einfluß des kanonischen Rechts der römisch-Katholischen Kirche.....	10
5. Das germanische und das mittelalterliche deutsche Recht.....	11

Zweiter Teil

Die Problematik der vorsätzlichen Tötung in der Rechtsvergleichung und in der Reformbewegung

1. Das französische Recht und sein psychologisches Mordkriterium.....	14
2. Das französische Vorbild in Deutschland.....	15
3. Kritik des psychologischen Kriteriums.....	17
4. Der Einfluß des psychologischen Kriteriums auf die Strafrechtsdogmatik und die Systematik des Gesetzes...	19
5. Vorbemerkungen zur Reformbewegung seit dem Ende des 19. Jh.....	23
6. Die positive Schule.....	23
7. Der StossEntwurf und seine ethische Mordindikation....	24
8. Die Variationen des ethischen Kriteriums in den repräsentativsten europäischen Gesetzgebungen.....	25
a) Italien.....	26
b) Spanien.....	27

c) Portugal.....	28
d) Holland.....	28
9. Das ethische Kriterium in der Kritik.....	28
10. Bemühungen zur Überwindung der Mängel.....	30
a) Norwegen.....	31
b) U.D.S.S.R.....	31
c) Die Schweiz.....	32
11. Die Preisgabe der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag und der Vorschlag einer einheitlichen Formulierung.....	33
a) v. Holzendorf.....	34
b) v. Liszt.....	34
12. Gesetzgebungen, die die einheitliche Formulierung angenommen haben.....	37
a) Dänemark.....	37
b) Polen.....	38
c) Österreich.....	38
d) Schweden.....	38
e) Griechenland.....	38
13. Das englische Strafrecht.....	39
14. Die Entwicklung in Deutschland.....	41
a) Die Idee des normativen Tätertyps.....	41
b) Die Reformbewegung in der Nachkriegszeit.....	43
I. Arzt.....	44
II. Otto.....	45
III. Siol.....	46
IV. Der Alternativentwurf.....	46
v. Der 53. Deutsche Juristentag.....	48

Dritter Teil

Die dogmatische Grundlage der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag

1. Die Behandlung der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag im Gesetz.....	50
2. Die Problematik der Deliktsabwandlung und die vorsätzliche Tötung.....	51

3. Der fragmentarische Charakter des Strafrechts und das Rechtsgut des Lebens.....	54
4. Die besonders verwerfliche Gesinnung als rechtspolitisches Leitbild des Mordbegriffes.....	56
5. Die Einordnung der Mordmerkmale als Gesinnungsmerkmale im Strafrechtssystem. Unrecht und Schuld im Mordtbestand.....	60
6. Der Stand der Lehre und der Rechtsprechung.....	66
a) Binding.....	67
b) Hälschmer.....	67
c) Der BGH.....	68
d) Welzel.....	70
e) v. Weber.....	71
f) Mezger.....	72
g) Maurach.....	73
h) Otto.....	73
i) Beling.....	75
j) Engisch.....	75
k) Schröder.....	76
l) Lange.....	77
7. Die hier zugrundeliegende Unrechts- und Schuldaufassung.....	78
8. Die Mordmerkmale im einzelnen.....	89
a) Die Motive.....	89
I. Die Mordlust.....	91
II. Die Befriedigung des Geschlechtstriebes.....	91
III. Die Habgier.....	92
IV. Die sonstigen niedrigen Beweggründe.....	92
b) Die Absichtsmerkmale. (Verdeckung oder Ermöglichung einer anderen Straftat).....	92
c) Die Tatausführungsmerkmale.....	94
I. Heimtückisch.....	94
II. Grausam.....	95
III. Die Tatausführung mit gemeingefährlichen Mitteln.....	96
d) Der Vorbedacht des französischen und die Überlegung des schweizerischen Rechts.....	97
e) Das Auflauern (guet-apens) des französischen Rechts.....	99
9. Die Natur und die Tragweite der Mordmerkmale.....	99

Vierter Teil

Unsere Ergebnisse

1. Die dogmatische Einheit der vorsätzlichen Tötung nach dem Gesetz.....	109
2. Die Unmöglichkeit einer begrifflichen Unterscheidung...	110
3. Die Ungerechtigkeit der absoluten Strafe.....	113
4. Unser Vorschlag.....	117

Anhang

Das Problem der lebenslangen Freiheitsstrafe.....	126
Lebenslauf.....	131

Abkürzungsverzeichnis

ACP	Archiv für zivilistische Praxis
AE	Alternativentwurf
a.F.	Alte Fassung
ArchfKrim	Archiv für Kriminologie
AT	Allgemeiner Teil
BGH	Bundesgerichtshof
BT	Besonderer Teil
BVerfGE	Bundesverfassungsgericht
Cass.	Cour de Cassation
Diss.	Dissertation
DRZ	Deutsche Richterzeitung
Ent.	Entwurf
Fest.	Festschrift
Fgb	Festgabe
GA	Archiv für Strafrecht. Begründet von Goldammer
Gedschrift	Gedächtnisschrift
GG	Grundgesetz
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar
Materialien	Materialien zur Strafrechtsreform, 1954
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MonSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
MonKrimPsych	Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform
n.F.	Neue Fassung
Niederschriften	Niederschriften über die Sitzungen der großen Strafrechtskommission, Bd 1-14, 1956-1960
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGHBrZ	Oberstes Gerichtshof für die Britische Zone
OLG	Oberlandesgericht
Revintdrpén	Revue internationale du droit pénal
Revscrim	Revue de science criminelle et du droit pénal comparé

RG	Reichsgericht
Riv. penale	Rivista penale
SchwZStW	Schweizerische Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
Sc.P	Scuola positiva
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
StGB	Strafgesetzbuch
StrÄG	Strafrechtsänderungsgesetz
StrRG	Gesetz zur Reform des Strafrechts
VD	Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, BT, 9 Bde, 1906
VEnt	Vorentwurf
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Literaturverzeichnis

- Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtsdogmatischen Schuldlehre, 1974
- Agge- Thornstedt, Das schwedische Strafrecht, in Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, Bd 5, 1974
- Alimena, La premeditazione, 1887
- Allfeld, Der Einfluß der Gesinnung des Verbrechers auf die Bestrafung, in Kritische Beiträge zur Strafrechtsreform, Heft 9, 1909
- Altavilla, La premeditazione e vizio parziale di mente, in Scuola positiva, 1962, S. 326ff
- Albrecht, Zur sozialen Situation entlassener "Lebenslänglicher", 1977
- Ancel, L'abolition de la peine de mort et le problème de remplacement, in Studies in Penology to the Memory of Sir Lionel Fox, 1964, S. 1ff
- Andenaes, Av straffreltens specielle del, 1964
Das norwegische Strafrecht, in Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, Bd 3, 1962
- Androulakis, Poinikon Dikaion, BT, Heft 1, 1974
Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963
Zurechnung, Schuldbemessung und personale Identität, in ZStW, 82, S. 492
- Angioni, La premeditazione nel sistema del nuovo codice penale, 1935
- Antolisei, Manuale del diritto penale, parte speciale, Bd 2, 1968
- Antunes-Hunt, The Deterrent Impact of Criminal Sanctions: Some Implications for Criminal Justice Policy, in Freidman-Macaulay, Law and the Behavioral Sciences, 1977
- Archbold, Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases, 1966
- Arzt, Strafrecht, BT, Heft 1, 1977
Die Neufassung der Diebstahlsbestimmungen. Gleichzeitig ein Beitrag zur Technik der Regelbeispiele, in JuS, 1972, S. 385ff, 515ff, 576ff
Die Delikte gegen das Leben, in ZStW, 83, S. 11
Die Einschränkung des Mordtatbestandes, in JR, 1970, S. 57ff
Gekreuzte Mordmerkmale, in NJW, 1973, S. 681ff

- Aschaffenburg, Mord und Totschlag in der Gesetzgebung, in
MonKrimPsych. 9, S 644
- Assembly of the State of California, 1968, Part One
- Baldus, in Niederschriften, Bd 7, S 28
- Bacigalupo, Bemerkungen zur Schuldlehre im Strafrecht, in
WelzelFest 1974 S 477
- Baumann, Strafrecht, AT, 8 Aufl 1977
Rechtmäßigkeit von Mordgeboten ? in NJW, 1964,
S 1938
Mißlingt die Strafrechtsreform ? 1969
Weitere Streitschriften zur Strafrechtsreform, 1969
- Beck, Die vorsätzliche Tötung im englischen Strafrecht, 1969
- Beckmann, Ist die lebenslange Freiheitsstrafe noch ein ver-
fassungsrechtliches Problem ? GA 1979, 441
- Becker, Die "besonders schweren Fälle" des Strafrechts in
der Rechtsprechung des RG, in DJ, 1935, S 188
- Beling, Die Lehre vom Verbrechen, Neudruck, 1964
Die Lehre vom Tatbestand, 1930
Grundzüge des Strafrechts, 1930
Unschuld, Schuld und Schuldstufen, 1910
- Bemmann, Für und Wider der Vereinheitlichung der Freiheits-
strafe, in GA, S 139
- Benakis, Über den Begriff des Unrechts-tuns bei Aristoteles
anlässlich einer Kritik gegen die finale Handlungs-
lehre, in WelzelFest 1974, S 213
- Berisch, Der subjektive Tatbestand der Tötung durch Unter-
lassen, in NJW, 1960, S 471
- Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Bd 1, 1892
- Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1898
- Bettiol, Diritto penale, 1966
Stato di diritto e Gesinnungsstrafrecht, in
WelzelFest 1974 S 18
- Binavince, Die vier Momente der Fahrlässigkeitsdelikte, 1969
- Binder, Der juristische und psychiatrische Maßstab bei der
Beurteilung der Tötungsdelikte, im SchwZStW, 67,
S 307
- Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts,
1914-1919
Die Normen und ihre Übertretungen, Bd 2, 1915
Die Schuld im deutschen Strafrecht, 1919

- Birnbaum, Zur Frage der Überlegung beim Morddelikt, in Archivkrim, 1918, S 186
- Blau, Die Teilung des Strafverfahrens in zwei Abschnitte, in ZStW, 81, S 31ff
- Blau, Bericht über den X. Internationalen Strafrechtskongress in Rom zum Thema: Die Teilung des Strafverfahrens in zwei Abschnitte, in ZStW, 82, S 571
- Blüm, Die Kriminalität der vorsätzlichen Tötungen, 1958
- Bockelmann, Strafrecht, BT, Bd 2, 1977
Studien zum Täterstrafrecht, Bd 1, 1939, Bd 2, 1940
In Materialien, Bd 1, 1954, S 29
In Niederschriften, Bd 7, 1959, S 56
- Bouropoulos, Ermineia tou poinikou kodikos, Bd 2, 1960
- Bouzat-Pinatel, Traité de droit pénal et de criminologie, Bd 1, 1970
- Breland, Lernen und Verlernen der Kriminalität, 1975
- Brückner, Zur Kriminologie des Mordes, 1961
- Bruns, Strafzumessungsrecht, 1974
- Busch, Über die vorsätzliche Tötung, in RittlerFest, S 287
- Bürger-Prinz, Motiv und Motivation, 1950
- Callies, Die Rechtsnatur der "besonders schweren Fälle" und Regelbeispiele im Strafrecht, in JZ, 1975, S 122
- Chambliss, Types of Deviance and the Effectivness of legal Sanctions in Chambliss, Criminal Law in action, 1975
- Class, Zum Verhältnis des § 211 zum § 50 StGB, in NJW, 1949, S 83
- Clotz, La solidarité de la famille dans le droit criminel de la Grèce, Thèse Paris, 1904
Etudes sociales et juridiques sur l'antiquité greque, 1906
- Conen, Die vorsätzlichen Tötungsdelikte im Entwurf eines StGBs, E 1962, Diss. Berlin, 1964
- Cornar, Vorsätzliche Tötung, Mord und Totschlag, in Schweizerische Juristische Kartothek, Nr 1221
- Cross-Jones, An Introduction to Criminal Law, 1968
- Dahm, Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, 1931
- Dilthey, Gesammelte Schriften, Bd 5, 8
- Dotzauer-Jarosch, Tötungsdelikte, 1971
- Mc Douell, Athenian Homicide Law in the Age of the Orators, 1963,

- Dreher, Kommentar, 1975
 Zur Systematik allgemeiner Strafschärfungsgründe,
 in DA, 1953, S 12
 Für und Wider der Todesstrafe, in ZStW, 70, S 543
 Anmerkung zu OLG Stuttgart vom 26.8.60, in MDR,
 1961, S 343
 Im Irrgarten der Wahlfeststellung, MDR, 1970, S 369
- Duarte-Faveiro-
 Silva-Araujo, Codigo penal português, 1968
- Ebbinghaus, Die Strafen für Tötung eines Menschen nach Prin-
 zipien einer Philosophie der Freiheit, in Kant-
 Studien, Ergänzungsheft 94, 1968, S 47
- Eckl, Der Einfluß sozialer Anschauungen und Wertungen
 auf die Rechtsprechung zu den Tötungsdelikten, zur
 Abtreibung und zur Körperverletzung, Diss. München,
 1962
- Eisele, Zur lebenslangen Freiheitsstrafe, in Die Reform der
 lebenslangen Freiheitsstrafe, 1972, S 25
- Elliot-Wood, A Casebook on Criminal Law, 1969
- Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im
 strafrecht, 1931
 Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, 1960
 Vom Weltbild der Juristen, 1950
 Zum Begriff des Mordes, in GA, 1955, S 161
 Die neue Rechtsprechung zur Trichotomie der Straf-
 taten, in SJZ, 1948, S 660
 Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, in 100 Jahre
 deutsches Rechtsleben, Bd 1, S 401
 Der finale Handlungsbegriff, in Kohlrausch-Festgb,
 1944, S 141
 Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von
 den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen,
 in Rittler-Fest. S 165
- Erikson-Gibbs, Further Findings on the Deterrence. Questions and
 Strategies for Future Research, In Journal of
 Criminal Studies, 1976, 4, S 175ff
- Eser Empfiehlt es sich, die Straftatbestände des Mordes,
 des Totschlags und der Kindestötung (§§ 211 bis
 213, 217 StGB) neu abzugrenzen? Gutachten zum
 53. Deutschen Juristentag, Berlin, 1980

- Eser-Koch Die vorsätzlichen Tötungstatbestände. Eine reformpolitisch-rechtsvergleichende Struktur- und Kriterienanalyse, in ZStW, 92, S. 491
- Exner, Kriminologie, 1949
- Feldmann, Zur Beurteilung der Täterspersönlichkeit im Hinblick auf die qualifizierenden Merkmale des Mordes, in MonSchrKrim, 42, S. 206
- Feige, Vom Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe, in Die Reform der lebenslangen Freiheitsstrafe, 1972, S. 1
- Ferri, Principi del diritto criminale. 1928
- Feuerbach, Kritik des Kleinrodschen Entwurfs, Teil II, 1804
- Fischinger, Die Teilung des Strafverfahrens in zwei Abschnitte, in ZStW, 81, S. 49
- Fitzgerald, Criminal Law and Punishment, 1962
- Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1931
- Freudenthal, Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, 1922
- Frey, Schuld Verantwortung und Strafe, 1964
- Frommel, Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei Der Entstehung des § 211 StGB im Jahre 1941, in JZ, 1980, S. 559ff
- Fundamentals of Soviet Criminal Legislation, 1960
- Gafos, Poinikon Dikaion, BT, Heft, 4, 1963
- Die schwere Tötung und das neue StGB, in Poinika Chronika, 1951, S. 71ff
- Das griechische Strafrecht, in Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, Bd 3, 1959, S. 323ff
- Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, in ZStW, 67, S. 1ff
- in Niederschriften, Bd 6, 1958
- in Niederschriften, Bd 12, 1959
- Garçon Code pénal annoté, Bd 2, 1956 (Édité par Rousselet, Patin, Ancel)
- Gardikas, Quelques considérations sur le droit pénal attique et les oeuvres des tragiques grecs, 1923
- Garraud, Traité htéorique et pratique du droit pénal français, Bd 4, 1900
- Geerds, Zur Problematik der strafrechtlichen Deliktstypen, in EngischFest, 1969, S. 406
- Gehlen, Der Mensch, seine Natur und seine Stellung in der Welt, 1950
- Gehrling, Nochmals: §50 Abs. 2 StGBn.F. und die Verjährung für Teilnahme am Mord, in JZ, 1969, S. 416
- Geilen, Zur Entwicklung und Reform der Tötungsdelikten, in

- JR, 1980, S. 309ff
- Gerland, Straffänderung und Strafzumessung, in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd 5, 1928, S 733, 796
- Germann, Schweizerisches StGB, 1972
Das Verbrechen im neuen Strafrecht, 1942
- Gibbs, Crime, Punishment and Deterrence,
- Glaaser, Gesammelte Schriften, Bd 1
- Göppinger, Kriminologie, 2. Aufl 1980
- Göppinger-Bresser, Tötungsdelikte, 1980
- Gössel, Überlegungen zur Reform der Tötungsdelikte, in DRiZ, 1980, S 281
- Goyer, Droit pénal spécial, 1972. (Édité par Pousselt, M. Patin, J. Patin, Appaillance)
- Graf Gleispach, Tötung in Das kommende deutsche Strafrecht, BT, 2. Aufl 1936
- Graf zu Dohna, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1950
- Graven, Le système de la répression de l'homicide en droit suisse, Revue de droit pénal et de criminologie, 1950-51, S 33 ff
La répression de l'homicide en droit suisse, in Revue de science criminelle et du droit pénal comparé, nouv. série, 1966, S 233
- Gruhle, Verstehende Psychologie, 1956
- Grünhut, Das Englische Strafrecht, in Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, Bd 3, 1959
- Grünwald, Das Rechtsfolgensystem des AE, in ZStW, 80, S 99 ff
- Gummersbach, Mordmotive und "Motivmorde", in Archiv für Kriminologie, 96, S 58
- Hälschmer, Gemeines deutsches Strafrecht, Bd 2, 1882
- Hafter, Schweizerisches Strafrecht, Bd 1, 1937
- Hall, Über die Teilnahme am Mord und Totschlag, in Eb. SchmidtFest. 1961, S 343
- Hanack, Die lebenslange Freiheitsstrafe in: Straf- und Maßregelvollzug, in Kriminologische Gegenwartsfragen, 11, S. 72
- Hardwig, Zur Systematik der Tötungsdelikte, in GA, 1954, S 257
Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, in ZStW 68, S14
- Harris's Criminal Law, 1968
- N. Hartmann, Ethik, 1962
- R. Hartmann, P.J.A. Feuerbachs politische und strafrechtliche Anschauungen, 1961

- Hartung, Anmerkung zur OGHBrZ 53/48 vom 24.8.48, in SJZ, 1949, S 68
- Hassemer, Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik, 1968
Die rechtstheoretische Bedeutung des gesetzlichen Strafrahmens, in RadbruchGedSchrift, 1968, S 284
Die Mordmerkmale insbesondere "heimtückisch" und "niedrige Beweggründe", in JuS, 1971, S 626
- Heinitz, Strafzumessung und Persönlichkeit, in ZStW, 63, S 57
Gedanken über Täter- und Teilnehmerschuld im deutschen und italienischen Strafrecht, in Festschrift der Juristischen Fakultät Der FU Berlin zum 41. deutschen Juristentag in Berlin, S 113
Zweiteilung der Hauptverhandlung? in v.LübtowFest. S 835
L' omicidio doloso nel diritto penale tedesco, in Studi in Memoria di F. Grispi
- Hengstenberg, Philosophische Anthropologie, 1957
- Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 3 Aufl. 1977
- v.Hentig, Probleme des Freispruchs beim Mord, 1957
Mord-Genetik und sieben andere Verbrechensstudien, 1971
- Hermann, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, 1971
- Herren, Die Gesinnung im Rahmen der vorsätzlichen Tötungsdelikte, insbesondere beim Mord, 1966
- His, Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Carolina 1928
Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, 1935
- Hollis, The Homicide Act, 1964
- v.Holzendorf, Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe, 1875
- Horstkotte, Die verwerfliche Gesinnung, ein Begriffsmerkmal des Mordes? Diss. Habburg, 1967
Kuppelei, Verführung und Exhibitionismus nach dem 4. StrRG, in JZ, 1974, S. 89
- Hurwitz, Kriminalret. Speciel del, 1969
- Husserl G., Recht und Welt, 1964
- Impallomeni, L'omicidio nel diritto penale, 1900

- Jagusch, Aus der Rechtsprechung des DGHBrZ zur vorsätzlichen Tötung, in SJZ, 1949, S 342
- Jakobs, Schuld und Prävention, 1976
Niedrige Beweggründe beim Mord und die besonderen persönlichen Merkmale in § 50 Abs. 2 und 3 StGB, in NJW, 1969, S 489
- Jannitti-Piromalo, Premeditazione e vizio parziale di mente, in Riv.Penale, 1935, S 228
- Jellinek, G. Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 1908
- Jänke, Über die gerechte Ahndung vorsätzlicher Tötung und über das Mordmerkmal der Überlegung, in MDR, 1980, S 705 ff
- Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, 2. Aufl. 1972, 3. Aufl. 78
das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform, 1957
Die Rechtsprechung des BGH in Strafsachen. (Bd. 1-5 der amtlichen Sammlung. Entscheidungen zum BT des StGB), in GA, 1955, S 97
- John, Entwurf mit Motiven zu einem norddeutschen StGB, 1868
- Kaiser, Verkehrsdelinquenz und Generalprävention, 1970
General Deterrence or General Prevention, in General Deterrence.
A Conference on Current Research and Standpoints.
The National Swedish Council for Crime Prevention, 1975, S 335
- Kantorowicz, Tat und Schuld, 1933
- Karanikas, Enchireidion Poinikou Dikaiou, Bd 2, BT, Heft 4, 1959
- Katzenstein, Die vorsätzliche Tötung nach geltendem Recht, in ZStW 24, S 503
- Kaufmann, Arm. Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954
Probleme rechtswissenschaftlichen Erkennens, in Berl. Universitätstage 1962, S 145 ff
- Art. Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949
Schuld und Strafe, 1966
Rechtsphilosophie im Wandel, 1972
Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht, in JZ, 1972, S 558
Die ontologische Struktur der Handlung, in H. Mayer-Fest., 1966, S 112

- Hild. Kaufmann, Kriminologie, Bd 1, 1971
- Keller, Vom Wesen des Menschen 1943
- Kenny-Turner, Outlines of Criminal Law, 1966
- Kielwein, Die Stellung der unbekannten Strafänderungsgründe im System des Strafrechts, erläutert am besonders schweren Fall Diss. Freiburg, 1964
- Kießling, Der politische Mord de lege ferenda, Diss. München, 1950
- Kion, Grundfragen der Kausalität bei Tötungsdelikten, in JuS, 61, S 499
- Kleinknecht, Anmerkung zu BGH 6. StrS 79/55 vom 5.10.55, in MDR, 1956, S
- Kohlrausch-
- Lange, Kommentar zum StGB, 1961
- Köhler, Zur Abgrenzung des Mordes erörtert am Mordmerkmal "Verdeckungsabsicht", in GoltdA, 1980, S 121 ff
- König, Die Tötungsdelikte, in Materialien, Bd 2II, 955
- Krämer, Die Regelung des schweren Diebstahls durch das 1. StrRG unter Berücksichtigung der sog. Regelbeispieltechnik, Diss. Köln, 1970
- Kröner, Die vorsätzlichen Tötungsdelikte in ihrer Entwicklung von der Karolina bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts, Diss. Göttingen, 1959
- Krey, Strafrecht, BT, Bd 1, 1975
- Krug, Ideen zu einer gemeinsamen Strafgesetzgebung für Deutschland, 1867
- Kunkel, Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit, 1962
- Kleine Schriften, 1974
- Questio, in Realencyclopädie der Classischen Altertumswissenschaft, Bd XXIV, 1963, S 720 ff
- Kutschinsky, Knowledge and Attitude Regarding Legal Phenomena in Denmark, in Scandinavian Studies in Criminology, 2, S 125
- Lambert, Droit pénal spécial, 1968
- Le droit pénal des pays scandinaves, 1969
- Lampe, Das personale Unrecht, 1967
- Landmann, Der Mensch als Schöpfer und als Geschöpf der Kultur, 1961
- Philosophische Anthropologie, 1955

- Lange, Die Schuld des Teilnehmers, insbesondere bei Tötungs- und Wirtschaftsdelikten, in JR, 1949, S 165 ff
In Deutscher Juristentag, 1952
In Niederschriften, Bd 7, 1959, S 35
- Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1975
- Law Reform Commission of Canada, 1976
- Ledig, Die Bestrafung der vorsätzlichen Tötungsdelikte, in Neue Justiz, 1949, S 57
- Leipziger Kommentar, 9. Aufl Bd 3, 1977
- Leist Graecoitalische Rechtsgeschichte, 1884
- Lersch, Der Aufbau der Person, 1970
- Levasseur, Considération sur la peine de mort, in Colloquio commemorativo, Bd 1, 1968, S 113
- E. v.Liszt, Die vorsätzlichen Tötungen, 1919
- F. v.Liszt, Verbrechen und Vergehen wider das Leben, in Vergleichende Darstellung (VD), Bd 5, 1905
Aufsätze, Bd 2, 1905
- Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1932
- Loduchowsky, Die Tötungsdelikte im Landgerichtsbezirk Koblenz in den Jahren 1910 bis 1939, Diss. Koblenz, 1941
- Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts, 1895
- Logoz, Commentaire du Code pénal suisse, Bd 2, 1955
- Longhi, Repressione e prevenzione nel diritto penale, 1911
- Lullies, Das Problem der Tötungshemmung beim Mörder, 1971
- Mabillon, Réflexions sur les prisons des ordres religieux, 1965
- Maia Gonçalves, Código penal português, 1968
- Maihofer, Der Unrechtsvorwurf, in RittlerFest. S 140
Objektive Schuldelemente, in H. MayerFestgb, 1966, S 185
- Maiwald, Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts, in MaurachFest. 1972, S 9 ff
Bestimmungsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele, in GallasFest. 1973, S 137
- Manzini, Trattato di diritto penale italiano, Bd. 8
- Marcic, Mensch, Recht, Kosmos, 1965
Der unbedingte Rechtswert des Menschen, 1962
- Markus, Das Strafrecht Dänemarks, in Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, Bd. 1, 1955, S 67
- Maurach-Zipf, Deutsches Strafrecht, AT, Bd. 1, 1977, Bd.2, 1978
- Maurach-Schröder, Deutsches Strafrecht, BT, Bd. 1, 1977

- Maurach Deutsches Strafrecht, AT, 1971, BT, 1969
 Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen und eigenständigen Verbrechen de lege ferenda, in Materialien, Bd 1, 1954, S 249
 Die Mordmerkmale aus der Sicht des § 50 StGB, in JuS, 1969, S 249
 Schuld und Verantwortung im Strafrecht, 1948
- H. Mayer, Strafrecht, AT, 1967
 Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände, in Materialien, Bd 1, 1954
- Merle-Vitu, Traité de droit criminel, Bd 1, 1973
- Merzbach, Der Mord und seine Behandlung nach geltendem deutschen Recht, Diss. Erlangen, 1903
- Metz, La responsabilité pénal dans le droit canons médiéval in La responsabilité pénal, 1961, S 83
- Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1922
- Mezger-Blei, Strafrecht, AT, 1973, BT, 1978
- Mezger, Kriebsstrafrecht, in DR, 1940, S 1133
 Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriebsstrafrecht, in ZStW, 60, S 360
 Kriminologie, 1951
 Das Typenproblem in Kriminologie und Strafrecht, 1955
 Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950
 Die subjektiven Unrechtselemente, in GS, 89, S 207
 Kriminalpolitik und ihre kriminologischen Grundlagen, 1944
 Kriminalpsychologische Probleme im Strafrecht, in Heft 4 der Sitzungsberichte der bayerischen Akademie der Wissenschaften, S 13-19
- Milletat, Die "besonders schwere Fälle" im Entwurf eines StGB, E 1962, Diss. Berlin, 1965
- Momsen, Römisches Strafrecht, 1889
- Müller, Die Abgrenzung von Mord und Totschlag im SchwStGB, 1920
- Müller-Dietz, Grenzen der Schuldgedanken im Strafrecht, 1967
 Lebenslange Freiheitsstrafe und bedingte Entlastung, in Die Reform der lebenslangen Freiheitsstrafe, 1972, S 38
- Múnoz, Derecho penal, parte especial, 1949
- Naurois, Quelques aspects du droit pénal de l' Eglise catholique, in Rev. intern. dr. pén. 1954, S 357

- Nowakowski, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, in ZStW, 63, S 287
- Oehler, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959
- Oske, Der besonders schwere Fall des Totschlags im Sinne des § 212 Abs. 2 StGB, in MDR, 68, S 811
- Otto, Straftaten gegen das Leben, in ZStW 83, S 73
Strafrecht, BT, 1977
In dubio pro reo und Wahlfeststellung, PetersFest, 1974, S 375 ff
- Pannain, I delitti contro la vita e l'incolumita individuale, 1965
Manuale di diritto penale, 1962
- Perkins, Criminal Law and Procedure, 1966
- Peters, Beschränkungen der Tatbestände im besonderen Teil, in ZStW 77, S 475
Gutachten für den 41. Deutschen Juristentag, Bd 1, S 16
Strafprozeß, 2. Aufl. 1966, 3. Aufl. 1981
Fehlerquellen im Strafprozeß, Bd 1, 1970
- Petrazyski, Über die Motive des Handelns und über das Wesen der Moral und des Rechts, 1907
- Pfänder, Philosophie der Lebensziele
- Pinatel, La prévention général d'ordre pénal, in Rev.sc.crim. 1955, S 554
- Poss, Law, Science and Accidents, The British Road Safety Act 1967, in Journal of legal Studies, 1973, Heft 2, S 35
- Puig, Pena, Derecho penal, parte especial, Bd 2, 1959
- Radbruch, Der politische Mord, in SJZ, 1948, S 311
Der Mensch im Recht, 1927
Rechtsphilosophie, 1973
- Rangier, Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45, 187, in MDR, S 970, 1980, S 3
- Ranieri, Manuale di diritto penale, Bd 3, 1967
- Reichel, Gesetz und Richterspruch, 1915
- Reinach, Zur Phänomenologie des Rechts, 1953
- Rieß, Zur Abgrenzung von Mord und Totschlag, in NJW 1968, S 628
- Rigaux-Trousse, Les crimes et les délits du code penal, 1950
- Robert-Faugeron, La justice et son public, 1978

- Röder, Die Tatbestandsmerkmale des § 211 des StGB für das deutsche Reich vom Mai 1871 in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des StGB, Diss. München, 1954
- Roxin, Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien, in Roxin-Bruns-Jäger: Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, 1974, und in HenkelFest. S 171
Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1971
Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1973
Strafverfahrensrecht, 1978
- Rudolphi, Affekt und Schuld, in HenkelFest. S 201
- Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber Systematischer Kommentar zum StGB
- Ruschenbusch, Untersuchungen zur Geschichte des athenischen Strafrechts, ohne Datum
Φόβος : zum Recht Drakons und seiner Bedeutung für das Werden des athenischen Staates, in Historia, IX, 1960, S 129
- Saltelli-Romano di Falco, Commento del codice penale, Bd. 4, 1956
- Sargorodskij-Beljaev, Kommentarij ugolovnomu kodesku UDSSR 1960 goda, 1962
- Sauer, Die Behandlung der gesetzlichen Schärfungs- und Milderungsgründe, in GA, 1955, S 52
System des Strafrechts, 1954
System der Rechts- und Staatsphilosophie, 1949
- Sax, Der Grundtatbestand bei den Tötungsdelikten und bei dem Delikt der Abtreibung, in ZStW, 64, S 393
- Schaffstein, Zur Auslegung des Begriffes der "heimtückischen" Tötung als Mordmerkmal, in H. MayerFest. S 419
Die neuen Voraussetzungen der Wahlfeststellung im Strafverfahren, NJW, 1952, S 278
- Scheler, Die Stellung des Menschen im Kosmos, 1949
- Schlosky, Mörder und Totschläger, in DStrR, 43, S 142
- Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958
Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht, in GallasFest. S 81
Strafrecht, AT, 1975
Vom Sinn der Strafe, 1971
Zum Mordmerkmal der Habgier, in W.ReimerFest. 1979, S 445

- Schmidt, Eb. Zur Lehre von den Tötungsdelikten, in DRZ, 1949, S 198
- Schneider, Kurt Die psychopathischen Persönlichkeiten, 1944
- Schönke-Schröder, Kommentar zum StGB, 16. Aufl. 1972, 18. Aufl. 1976, 21. Aufl. 1982
- Schröder, Der Aufbau der Tötungsdelikte, in SJZ, 1950, S 560
 Zur Abgrenzung an Tötungsdelikten, in NJW, 1952, S 649
 Gesetzliche und richterliche Strafzumessung, in MezgerFest, S 415
 Der § 50 StGB und die Verjährung beim Mord, in JZ, 1969, S 132
 In Materialien, Bd 1, 1954, S 283
- Schwalm, Heimtücke und achtenswerter Beweggrund, in MDR, 57, S 260
 Zur Kasuistik der Mordmerkmale, in MDR, 58, S. 396
- Schwarze, Kommentar zum StGB, 1884
- Schweickert, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, 1957
- Seeling-Weindler, Die Typen der Kriminellen, 1949
- Seidel, Die Qualifikation des Mordes nach dem neuen deutschen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Judikatur, der schweizerischen Vorentwürfe und des geltenden schweizerischen Rechts, Diss. Basel, 1952
- Sessar, Die Umgehung der lebenslangen Freiheitsstrafe, in MschKrim, 1980, S 193 ff
- Sieverts, Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht, 1934
- Sieviarski, Kodeks Karny. Komentarz, 1965
- Simoës-Correia, Código penal português, 1938
- Simson-Geerds, Straftaten gegen die Person und die Sittlichkeit, 1969
- Siol, Mordmerkmale in kriminologischer und kriminalpolitischer Sicht, 1973
- Stammler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1923
 Theorie der Rechtswissenschaft, 1911
- Stefani-Levasseur, Droit pénal général. 1975
- Steigleder, Mörder und Totschläger, 1968
- Stock, Abgrenzung von Mord und Totschlag, in SJZ, 1947, S 529

- Stoss, Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, Bd 1, 1892, Bd 2, 1893
Motive zu dem Vorentwurf von 1894
- Stratenwerth, Strafrecht, Allg. Teil, 1976
Schweizerisches Strafrecht, BT, Bd 1, 1973
Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale, in v.WeberFest. S 171
- Stroud, Drakon's Law on Homicide, 1968
- Taipa de Carvalho, Código penal, código de processo penal, 1968
- Thonissen, Le droit pénal de la république athénienne, 1875
- Thormann-Overbeck, Das schweizerische Strafgesetzbuch, Bd 2, 1934
- Tittle, Crime, Rates and Legal Sanctions, in Social Problems, 1969, S 16
- Tondo, Leges regiae e paricidas, 1973
- Trifftener, Die Behandlung "Lebenslänglicher" in der Bundesrepublik, in ZRP, 1970, S 13
- Trifftener-Bietz, Strafaussetzung für Lebenslängliche? in ZRP, 1974, S 141
- Ullrich, Natur und Tragweite der Mordmerkmale, Diss. München, 1959
- Vannini, Delitti contro la vita, 1945
Il delitto dell' omicidio, 1935
- del Vecchio, Sui principii generali del diritto, 1921
- Vogler, Zur Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt, in LangeFest, 1976, S 278 ff
- Vouin, Droit pénal spécial, 1971
- Wachenfeld, Die Überlegung in unserem heutigen Mordbegriff, 1887
Die Begriffe von Mord und Totschlag in der Gesetzgebung, 1890
- Wahle, Die Rechtsnatur der "besonders schweren Fälle" im Strafrecht, Diss. Heidelberg, 1966
- Walder, Vorsätzliche Tötung, Mord und Totschlag, in SchwZStW, 1979, S 117 ff
- Warnken, Ein besonders schwerer Fall, in NJW, 1969, S 687
- Waßner, Die Stellung der "besonders schweren Fälle" zwischen Tatbestand und Strafzumessung, Diss. Erlangen, 1958
- v. Weber, Teilnahme an Nord und Totschlag, in MDR, 1952, S 265 ff
Aufbau des Strafrechtssystems, 1935

- Welzel, Das deutsche Strafrecht, 1969
 Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 1962
 Um die finale Handlungslehre, 1949
 Zur Systematik der Tötungsdelikte, in JZ, 1952,
 S 72 ff
 Das Gesinnungsmoment im Strafrecht, in J.v. Gierke-
 Fest. S 290
 Gesetz und Gewissen, in Fest. zum 100jährigen Be-
 stehen des Deutschen Juristentages, Bd 1, S 383
 (Alle diese Aufsätze sind auch in Welzels Abhand-
 lungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie,
 1974, zu finden)
- Wessels, Strafrecht, BT, 1978
 Zur Problematik der Regelbeispiele für "schwere"
 und "besonders schwere Fälle", in MaurachFest. 1972,
 S 295 ff
- Williams Glanville, The Saneity of Human Life and the Criminal Law,
 1957
 Constructive Malice Revived, in Modern Law Review,
 1960, S 605
- Woessner, Neuregelung der Tötungstatbestände, in NJW, 1980,
 S 1136 ff
- E. Wolff, Strafrechtliche Schuldlehre, 1928
 Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit, 1931
 Die Lehre von der Handlung, in AcP, 170, S 197 ff
- E.A. Wolff, Das Problem der Handlung im Strafrecht, in Radbruch-
 GedSchrift, 1968, S 301
- H.J. Wolff, The Origin of Juridical Litigation among the Greeks,
 in Traditio, IV, 1946, S 71
- Wolter, Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehr-
 deutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht, Straf-
 rechtliche Abhandlungen, Bd 10, S 146 ff
- Württemberg, Die geistige Situation der deutschen Strafrechts-
 wissenschaft, 1957
- Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973
- Zinn, Der politische Mord, in SJZ, 1948, S 141
- Zipf, Kriminalpolitische Überlegungen zu einer Reform der
 Tötungsdelikte unter besonderer Berücksichtigung
 des neuen österreichischen Strafrechts, Würtenberger-
 Fest. 1977, S 151 ff
- Zippelius, Der Aufbau der modernen Unrechtslehre, 1953

Vorbemerkungen

Die Neuregelung der gemeinen vorsätzlichen Tötungsdelikte von 1941 hat sofort Anlaß zu heftigen Auseinandersetzungen über die Auslegung der neuen Begriffe gegeben. Bis zum Anfang der sechziger Jahre gab es keinen namhaften deutschen Strafrechtler, der nicht durch eine Monographie oder durch einen Aufsatz oder sein Lehrbuch in die Diskussion eingegriffen hatte, um diese oder jene Auffassung zu unterstützen oder auf diesen oder jenen Aspekt des Problems hinzuweisen. Nicht zuletzt hat dazu die Behandlung der neuen Bestimmungen durch die Rechtsprechung beigetragen, die erhebliche Einwände seitens der Lehre verursacht hat. Jedoch bemerkt man selten in der ganzen Diskussion einen Reformvorschlag. Vielmehr handelt es sich um Auseinandersetzungen über die Anwendung des geltenden Rechts. Nur in diesem Rahmen betrachtete man kritisch die zugehörigen Vorschriften, aber ein Reformvorschlag wurde nicht vorgelegt, obwohl allgemein angenommen wurde, daß die gesetzlichen Begriffsbetimmungen Ursache für die praktischen Unzulänglichkeiten waren. Schließlich haben auch die amtlichen Reformarbeiten keine befriedigende Lösung erbracht.

In der sechziger Jahren stagnierte die Diskussion. Andere dringendere und grundsätzlichere Probleme der Strafrechtsreform haben die Aufmerksamkeit der Strafrechtler gefesselt. Die Differenzen über die Dogmatik und die Systematik der Tötungsdelikte und besonders die Distanz zwischen der Lehre und der Rechtsprechung wurden aber nicht beseitigt. Nachdem aber die Strafrechtsreform im Bereich des Allgemeinen Teils ein Ende gefunden hat, fängt das Problem, in Verbindung auch mit der Problematik der lebenslangen Freiheitsstrafe an, wieder an aktuelle zu werden. Anfang der siebziger Jahre erscheinen Arbeiten über dieses Thema von neuen, diesmal aber wirkliche Reformvorschläge, die der Diskussion neue Impulse geben.

Beim ersten Anblick scheint das Problem der Regelung der gemeinen vorsätzlichen Tötung nicht so kompliziert. Sogar Die Auslegung des geltenden Rechts scheint unproblematisch. Kritischere Betrachtung und Durchforschung der Praxis ergeben jedoch, daß dies eines

der dornigen Probleme des Besonderen Teils ist. Das gilt nicht nur für Deutschland, sondern für alle Länder, deren Gesetzgebung eine Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag kennt.

Die Reformbedürftigkeit der zugehörigen Vorschriften, sowohl hinsichtlich der tatbestandlichen Ausgestaltung als auch hinsichtlich der Sanktionierung, wurde auch von dem 53. Deutschen Juristentag (Berlin 16-19.9.1980) anerkannt. Die vorliegende Abhandlung stellt meine Dissertation dar, die von der Juristischen Fakultät der Universität München angenommen wurde. Zur Zeit ihrer Ablieferung waren die Sitzungsprotokolle des Juristentags noch nicht veröffentlicht. Bei einer Überarbeitung des vorliegenden Textes habe ich sowohl einige neuere Arbeiten, als auch die Beschlüsse des 53. Deutschen Juristentags eingearbeitet.

Von dieser Stelle möchte ich meinem hochverehrten Professor Dr. Claus Rozin für seine vielfach wertvolle Hilfe und Mitarbeit danken

Erster Teil

Die Entwicklung der Unterscheidung
der vorsätzlichen Tötungsdelikte
in der Rechtsgeschichte

1. Prolegomena zu der Problematik der vorsätzlichen
Tötung

Das wichtigste gesetzpolitische Problem, das die vorsätzliche Tötung betrifft, wie es sich schon aus dem ersten vergleichenden Blick auf die verschiedenen Gesetzgebungen ergibt, ist die Unterscheidung von Fällen, die eine Tötung mit einem so viel größeren Unwert färben, daß sie eine andere, schwerere Strafe als die gemeine Tötung verdienen.

Trotz dieser uralten Rechtstradition ist es bis heute der Jurisprudenz nicht gelungen, ein ständiges begriffliches Kriterium zu finden, das alle diese schweren Tötungsfälle umfaßt, aber keine praktischen Probleme aufwirft. Dieser Mißerfolg und der Streit, den er als natürliche Folge mit sich gebracht hat, knüpfen noch heute die Problematik der vorsätzlichen Tötung an die Frage an, ob eine Unterscheidung zwischen schwereren und gemeinen vorsätzlichen Tötungen¹ überhaupt möglich ist und wie diese möglicherweise durchführbar ist, als ob die Juristen erst an die Begriffsbestimmung und -abgrenzung gedacht hätten, nachdem sie sich für die Durchsetzung der Unterscheidung entschieden hatten, während das Gegenteil geschehen müßte.² Die Folge dieses Mißerfolgs ist, daß die Problematik der vorsätzlichen Tötung in jeder Hinsicht, rechtsdogmatisch, kriminalpolitisch usw. höchst umstritten ist. Unter Berücksichtigung auch der schlechten Gesetzestechnik der meisten Gesetzgebungen³ gehört die vorsätzliche Tötung zu den umstritten-

1. Vgl. Maurach-Shröder, BT, Teilb. 1, S. 22, Otto, Straftaten gegen das Leben, in ZStW, 83, S. 39.

2. Rüping, Zur Problematik des Mordtatbestandes in JZ, 1979, S. 617

3. Eine Ausnahme sind die Art. 111-113 des schweizerischen StGB

sten Punkten des besonderen Teils

Die Beschäftigung mit der Problematik der vorsätzlichen Tötung bezweckt also die Beseitigung der Unklarheit, die mit diesem Thema verbunden ist und die Inhaltsfeststellung der Begriffe Mord und Totschlag, sowie die Feststellung ihrer wirklichen Beziehung, so daß sich richtige Lösungen über alle Streitpunkte, sowohl de lege ferenda als auch de lege lata, ergeben können. Um dies zu erreichen, muß der gemeinsame Beziehungspunkt dieser Begriffe nach richtiger Methodologie gefunden und als Ausgangspunkt genommen werden.

Der feste Ausgangspunkt einer jeden Überlegung zur Problematik der gesetzlichen Formulierung der vorsätzlichen Tötung und zur Auslegung der zugehörigen Vorschriften muß darauf beruhen, daß der Deliktstypus der vorsätzlichen Tötung genauso einfach und elementar wie das geschützte Rechtsgut, nämlich das menschliche Leben, ist.⁴ In seiner Einfachkeit ist der Deliktstypus der vorsätzlichen Tötung der umfassendste Tatbestand des Besonderen Teils. Er enthält jeden möglich vorstellbaren Angriff, der zur Vernichtung des Lebens führen kann. Dementsprechend verwirklicht sich der Deliktstypus der vorsätzlichen Tötung lediglich in der vorsätzlichen wie auch immer geschehenden Vernichtung eines fremden menschlichen Lebens.⁵ Der objektive Tatbestand der vorsätzlichen Tötung besteht also nur aus rein äußeren, objektiven und deskriptiven Begriffen und Kausalgeschehen, wie Mensch, tötet usw. und ist er damit der einfachste aller Tatbestände der ganzen Strafgesetzgebung.

Es ist merkwürdig, daß die vorsätzliche Tötung trotz dieser ureigenen Einfachkeit von alters her nur sehr selten von dem jeweiligen geschichtlichen Gesetzgeber als ein einheitliches Verbrechen Betrachtet wurde.⁶ In der Regel läßt sie sich in mehreren Verbrechen auflösen,⁷ deren Zahl schwankt, deren Inhalt je nach der konkreten

4. Siehe unten §§ 2,3 des dritten Teils.

5. Vgl. Schönke-Schröder, S. 1262, Schröder, Der Aufbau der Tötungsdelikte, in SJZ, 1950, S. 563, Sax, Grundtatbestand bei den Tötungsdelikten und bei dem Delikt der Abtreibung, in ZStW, 64, S. 394

6. Siol, Mordmerkmale in kriminologischer und kriminalpolitischer Sicht, 1973, S. 1

7. v. Liszt, Verbrechen und Vergehen wider das Leben, in VD, Bd. 5, 1905, S. 10, E. v. Liszt, Die vorsätzlichen Tötungen, 1920, S. 20

Gesetzgebung verschieden ist⁸ und deren Systematik umstritten ist. Im Bereich der vorsätzlichen Tötung erscheint also das *curiosum*, daß die Einfachheit des objektiven Tatbestandes im umgekehrten Verhältnis zu der Vielfältigkeit und der Komplizierung der gesetzlichen Gestaltung steht.⁹

21. Das altgriechische Recht

Die Spaltung der vorsätzlichen Tötung in mehrere Verbrechen ist, wie schon gesagt, eine uralte Rechtstradition, die der Entwicklung und der Annahme des Schuldprinzips und im allgemeinen der Verfeinerung des juristischen Denkens entspricht. Die älteste Regelung, der Tötungsdelikte, die wir mit den heutigen juristischen Denkkategorien betrachten können, ist die Gesetzgebung von Athen, die gegen Ende des 7. Jhs v. Chr. von Dracon verfaßt wurde und die der Tradition nach jahrhundertlang galt. Für andere griechische Gesetzgebungen des Altertums haben wir keine sicheren oder gar keine Auskünfte.¹

Nur ein Teil der drakonischen Gesetzgebung, welche die Regelung der fahrlässigen Tötung enthält, ist uns in einer Marmorinschrift überliefert, die im Jahre 1843 während der Bauarbeiten der Kathedrale von Athen gefunden wurde.² Es handelt sich aber um eine spätere Abschrift und wir können nicht mit Sicherheit sagen, ob sie bis in die Einzelheiten die originale drakonische Gesetzgebung wiedergibt oder ob sie auch spätere Zusätze enthält. Wie Dracon selbst die vorsätzliche Tötung geregelt hatte, ist uns unbekannt und wir können

8. Vgl. v. Liszt, a.a.O., S 77, Sax, a.a.O., S 394, Thormann-Overbeck, Schweizerisches StGB, Bd 2, 1941, S 5, Stoß Zusammenstellung, S. 611ff, ders. Grundzüge, Bd. 2, S. 1ff

9. Vgl. Rüping, in JZ, 1979, S. 617

1. Über das altgriechische Recht im allgemeinen siehe Glotz, La solidarité de la famille dans le droit criminel de la Grèce, Thèse Paris, 1904, ders. Études sociales et juridiques sur l'antiquité grecque, 1906, Dareste, La science du droit en Grèce, 1893, Gardikas, Quelques considérations sur le droit pénal attique et les oeuvres des tragiques grecs, 1923, Thonissen, Le droit pénal de la république athénienne, 1875, Ruschenbusch, Untersuchungen zur Geschichte des athenischen Staates.

2. Den Text siehe bei Stroud, Dracon's Law on Homicide, 1968

darüber nur, allerdings mit einer gewissen Sicherheit, Vermutungen anstellen. Die Rhetoren (Redekünstler) der klassischen Zeit berufen sich in ihren Gerichtsreden auf das drakonische Tötungsgesetz als geltendes Recht, sie informieren uns aber nicht darüber, ob dieses Gesetz des späteren 7. Jhs. im 4. Jh. unverändert galt.³ Der Mangel an Quellen erlaubt uns keine sichere Kenntnis darüber, wie vor dem 5. Jh. in Athen genau die Tötungsregelung war. Verschiedene Versuche,⁴ ein vollständiges Bild des Rechts jener Zeit wiederzugeben, sind, obwohl nicht ohne Bedeutung, jedoch bloße Hypothesen, weil sie durch Elemente von Homer und Hesiodes, die nicht zu der Sache gehören, allenfalls die Mängel der Quellen ergänzen.⁵

Traditionell wird die heutige Spaltung der vorsätzlichen Tötung in "normale" und besonders verwerfliche, je nachdem, ob sie mit Vorbedacht oder im Affektzustand begangen worden ist, Drakon zugeschrieben: Das ist aber nicht korrekt. Das juristische und das philosophische Denken jener Zeit hatte erst eine recht grobe Unterscheidung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit erarbeitet. Und es ist unwahrscheinlich, daß es zugleich fähig war, eine so feinsinnige Unterscheidung zwischen prämeditiertem und unprämeditiertem Vorsatz durchzuführen. Allerdings treffen wir in der klassischen Zeit eine solche Unterscheidung auch nicht. Der Terminus $\phi\acute{o\nu\omicron\varsigma$ $\acute{\epsilon}\kappa$ $\pi\rho\omicron\upsilon\lambda\acute{o}\varsigma$ bezeichnet im allgemeinen die vorsätzliche Tötung und der Terminus $\phi\acute{o\nu\omicron\varsigma$ $\mu\grave{\eta}$ $\acute{\epsilon}\kappa$ $\pi\rho\omicron\upsilon\lambda\acute{o}\varsigma$ bezeichnet die fahrlässige Tötung. Wörtlich übersetzt bedeutet $\pi\rho\acute{o}\nu\omicron\upsilon\lambda\acute{o}\varsigma$ zwar den Vorbedacht, sie ist aber kein terminus technicus in diesem Sinne, um so mehr, weil die altgriechische Sprache für den Vorsatz über keinen anderen terminus technicus verfügt.⁶ Der Vorbedacht im heutigen Sinne wurde viel spätere durch Platon,⁷ jedoch nicht in der Gesetzgebung eingeführt.

-
3. Andokides, 1, 81-83, Aristoteles, Die Verfassung des athenischen Staates, 7,1, Demosthenes, 20 158, 23 51. Darüber Mc Dowell, Athenian Homicide Law in the Age of the Orators, 1963, S. 6, Stroud, a.a.O., S. 60.
 4. Der erfolgreichste Versuch ist der von Ruschenbusch, $\Phi\acute{o\nu\omicron\varsigma$. Zum Recht Drakons und seiner Bedeutung für das Werden des athenischen Staates, in Historia, IX, 1960, S. 129ff.
 5. Mc Dowell, a.a.O., S. 7, H.J. Wolff, The Origin of Juridical Litigation among the Greeks, in Traditio, IV, 1946, S. 71
 6. Der Term $\delta\acute{o}\lambda\omicron\varsigma$ (dolus, Vorsatz) wurde viel später, in der byzantinischen Zeit, als terminus technicus der griechischen Rechtssprache eingeführt.
 7. Platon, Gesetze, H 867 b-c

Das Recht des alten Athens unterscheidet also nicht zwischen schwerer und gemeiner vorsätzlicher Tötung.⁸ Jede Tötung, insoweit sie nicht durch Fahrlässigkeit herbeigeführt worden war, hatte die gleiche Schwere und wurde vom Areios Pagos gerichtet. Die Strafe war entweder Tod oder lebenslange Verbannung in Verbindung mit Beschlagnahme des Vermögens des Täters. Welche dieser zwei Strafen zu verhängen war, hatte der Angeklagte vor der Urteilsverkündung zu wählen.⁹

Eine allgemeine Privilegierung der vorsätzlichen Tötung wegen der Motive des Täters war nicht anerkannt. Jedoch typisierte die Gesetzgebung kasuistisch einige Fälle der sog. erlaubten Tötungen, deren Täter straflos blieben. Zuerst kommt der Seelenzustand des Täters in Betracht. Das ist der Fall der Tötung des Ehebrechers von dem betroffenen Ehemann,¹⁰ und der Tötung des Kriegsgefährten, wenn der Täter verwirrt von der Heftigkeit der Schlacht ihn für den Feind hielt.¹¹ Dann kommt die Idee des erlaubten Risikos. Hierher gehören die Fälle der Todesherbeiführung beim Sportwettkampf,¹² und während der ärztlichen Behandlung, insoweit der Arzt den Todeserfolg nicht beabsichtigte.¹³ Und schließlich kommt die Idee der Verteidigung der Rechtsordnung. Wer den Täter eines Verbrechens gegen den Staat, z.B. gegen das demokratische Regime,¹⁴ oder eines Versuches eines solchen Verbrechens, und das war praktisch der häufigste Fall, getötet hatte, oder wer in Notwehr den Tod eines anderen herbeigeführt hatte,¹⁵ blieb straflos. Die Straflosigkeit mußte aber von dem Gericht nach Ermittlung der Tatumstände verkündet werden. Zuständiges Gericht für solche Fälle war das Delphinion.¹⁶

8. So nicht zutreffend Stroud, a.a.O., S. 41

9. Andokides, 13, Antiphon, 513; 1,6, Demosthenes, Gegen Medias, 21, 43, ders. Gegen Aristokrates, 23, 22; 23, 69; 23,72. Mc Dowell, a.a.O., S. 115.

10. Lyssias, Für Eratosthenes, 1, 30

11. Aristoteles, Die Verfassung des athenischen Staates, 57.3, Demosthenes, Gegen Aristokrates, 23,53

12. Siehe Demosthenes in der Fußnote 11

13. Antiphon, 4c.5.

14. Aristoteles, Die Verfassung des athenischen Staates, 16, 10, Beschluß von Demophantes von 410 v. Chr., Andokides, 1. 96.

15. Demosthenes, 21.71-75, ders. Gegen Aristokrates, 23.60

16. Mc Dowell, a.a.O., S. 71

Beachtenswert ist, daß das attische Recht im Bereich der Tötungsdelikte nicht nur die Begehung, sondern auch die βούλευσις bestrafte.¹⁷ Eine genaue wörtliche Übersetzung können wir nicht geben. Das Wort bedeutet Planung und umfaßt sämtliche Fälle, die wir heute unter den Begriffen des Versuches¹⁸ des durch den Erfolg qualifizierten Delikts¹⁹ und der mittelbaren Täterschaft²⁰ verstehen. Die Strafe für die Planung war dieselbe Strafe wie bei der vollendeten und eigenhändig begangenen vorsätzlichen Tötung.²¹ Zuständiges Gericht für die Planung, wie auch für die Fahrlässige Tötung, war das Palladion.²²

3. Das römische Recht

Der älteste römische Gesetzestext ist eine Sammlung unter dem Namen *leges regiae*, die die Tradition dem fast mythischen König Numa Pompilius zurechnet. Dieses altrömisches Recht hatte nur eine einfache Tötungsform, das *paricidium*,¹ das nur die Herbeiführung des tödlichen Erfolges umfaßte und die Motive des Täters außer Betracht ließ.

Aus der Sicht der Strafe, die allerdings sehr hart und nicht von vornherein genau bestimmt war, stellte das altrömisches Recht das *mortis dare* oder das *mortis causa praebere*, nämlich die mittelbare Todesherbeiführung, mit der unmittelbaren und eigenhändigen Tötungsbegehung gleich.²

Erst die *lex cornelia de sicariis et veneficiis* hat eine systematischere Neugestaltung des Tötungsrechts, mit Berücksichtigung auch des subjektiven Elements, versucht. Dieses Gesetz bestrafte jede vorsätzliche (*ex proposito*) Tötung mit Interdiktion.³ Jedoch hatte die *lex cornelia* keinen einheitlichen Tatbestand, sondern sie typisierte recht kasuistisch eine große Menge von Fällen, z.B. den

17. Mc Dowell, a.a.O. S 59ff.

18. Demosthenes, *LXI* 125; Lykourgos, Gegen Leokrates, 125, 126, Lyssias, Gegen Simon, 142

19. Antiphon, 4c4; 6. 16-19, Lyssias, 3.42

20. Andokides, 1.94. In dieser Hinsicht unterschied das attische Recht zwischen eigenhändiger und nicht eigenhändiger Tötungsbegehung. Viele von diesen Fällen sind heute unter dem Begriff der Anstiftung zu verstehen. Aristoteles, *Rhetorik*, 18a. 19-32, Platon, *Gesetze*, 87, 1e-78, 2b

1. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Bd. 8, S. 3ff, Momsen, *Römisches Strafrecht*, 1889, S. 612f, Tondo, *Leges regiae e paricidas*, 1973, S. 89ff.

2. Liszt-Schmidt, 25. Aufl., 1927, S. 465

3. Berner, *Lehrbuch*, 1898, S. 506, Liszt-Schmidt, S. 462, Sauer, *System*, 1954, S. 250

den Banditenmord, das Auflauern in mörderischen Absicht, die Vergiftung, die Brandstiftung in mörderischen Absicht u.a.,⁴ die sie aus dem Gattungsbegriff des paricidiums ausgegliedert hatte. Auf der anderen Seite aber hatte das propositum zu jener Zeit nicht das geringste mit den heutigen Begriffen Vorbedacht und Überlegung zu tun, sondern bezeichnete nur den Vorsatz.⁵

Diesem Muster der kasuistischen Regelung der vorsätzlichen Tötung folgten auch spätere Gesetze, so daß der Begriff des allgemeinen Tötungsdelikts unter dieser Entwicklung immer enger wurde und nur die Fälle der Tötung der engsten Verwandten schließlich unter dem paricidium blieben.⁶ Die lex pompeia de paricidiis krönte diese Entwicklung und gab dem paricidium als Verwandtenmord seinen endgültigen Tatbestand.

Die Problematik des Schuldprinzips, obwohl sie in Rom unter dem Einfluß der platonischen Philosophie von den geistigen Kreisen dieser Epoche erörtert worden war,⁷ wurde erst in der Kaiserzeit von den Juristen entdeckt. Die Juristen der frühklassischen Zeit beginnen kasuistisch einige Fälle zu unterscheiden, wie z.B. die von dem Ehemann begangene Tötung der auf frischer Tat ertappten Ehebrecherin oder ihres Liebhabers,⁸ die als gemeinsames Kennzeichen das impetus, nämlich die große Gemütsregung des Täters während der Tat, hatten.⁹ Aber obwohl dieser impetus einen besonderen Seelenzustand bezeichnete,¹⁰ war er kein besonderes subjektives Element oder eine

-
4. Ausführlich dazu Kunkel, Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit, 1962, S. 39ff., ders. Questio, in Kleine Schriften, 1974, S. 48f., 57f. und in Pauly-Wissowa, Realencyklopädie der classischen Altertumswissenschaft, Bd. XXIV, 1963, S. 734, 741.
 5. Nicht zutreffend Leist, *Frühklassische Rechtsgeschichte*, S. 39ff. Schröder, in SJZ, 1950, S. 561.
 6. Für die Etymologie und die Entwicklung des paricidiums siehe Kunkel, Untersuchungen, S. 39ff., Momsen, a.a.O., S. 612ff., Sauer, a.a.O., S. 250, Tondos, a.a.O., S. 132.
 7. Cicero, de officiis, 1, 8, 27; "Leviora enim sunt ea, quae repentino aliquo motu accidunt, quam ea, quae meditata et preparata inferuntur."
 8. Codex, 9, 9, 4.
 9. Marcianus, in D 48, 19, 11, 2 "Delinquitur autem aut proposito aut impetu aut casu." Binding, Lehrbuch, Bd. 2, S. 23.
 10. Binding, Die Normen und ihre Übertretungen, Bd. 2, S. 346, Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts, 1895, S. 82.

Schuldform, sondern er bestimmte die Intensität des Vorsatzes.

Die weitere Entwicklung des römischen Strafrechts läßt sich von der Entwicklung und der Verfeinerung des juristischen Denkens bestimmen. Die Lehren von Platon, Cicero und Seneca lassen auch die klassischen römischen Juristen nicht unberührt. So beginnt das römische Recht seit Hadrian zwischen Tötungen ex proposito und ex impetu, zwischen Vorbedacht und Affekt als besonderen sublektiven Elementen, zu unterscheiden, was zu einer qualitativen Unterscheidung der Tötungen in schwerere und weniger schwer durch das innere psychologische Kriterium des Entschlußgestaltungsverfahrens führte.

4. Der Einfluß des kanonischen Rechts der römisch-katholischen Kirche

Durch das Christentum wird das Schuldprinzip weiter verfeinert und gefestigt. Die Gedanken der Schuldabstufung durch die Bewertung der Gesinnung und durch die Intensität des Vorsatzes und die Differenzierung in der Bestrafung durch ethische Bewertungen, die die Kirchenväter predigten, bringen dem Recht die endgültige Einführung verschiedener subjektiver und ethisch-axiologischer Elemente, so daß die Kirche und ihr kanonisches Recht, nach der Barbarisierung des Abendlandes, in der mittelalterlichen Finsternis das einzige Licht waren.¹

In die Zuständigkeit der kirchlichen Gerichte fielen nicht nur Verbrechen gegen die Religion und die Kirche, sondern auch Verbrechen gegen die Moral und die Sittlichkeit, wie der Ehebruch und der Wucher, sowie auch alle Verbrechen begangen von Leuten, die in einer besonderen Beziehung zur Kirche standen. Für andere Verbrechen wieder, wie die Nötigung, die Abtreibung und die Tötungsdelikte, verhängte die Kirche neben den Strafen der weltlichen Gerichte auch ihre eigene Strafen, deren Zweck die Verbesserung und die morali-

1. Bouzat-Pinatel, Traité du droit pénal et de criminologie, Bd. 1, 1970, S. 87, Metz, La responsabilité pénale dans le droit canon médiéval, in La responsabilité pénale, 1961, S. 83, de Neurois, Quelques aspects du droit pénal de l'Eglise catholique, in Revinterndr pén., 1954, S. 357

sche Wiedergeburt des Schuldigen war.²

So hatte das kanonische Recht neben anderer Erneuerungen, wie z.B. der Bestrafung des Versuches oder der Idee der Individualisierung der Strafe, die das subjektive Element betonen, auch die Unterscheidung des spätrömischen Rechts zwischen vorsätzlichen Tötungen *ex proposito* und *ex impetu* übernommen, die dadurch auch in das Recht der italienischen Statuten eingeführt wurde.³ Seine endgültige begriffliche Gestaltung als Kriterium des Mordes bekommt der Vorbedacht durch die Bearbeitung der italienischen Rechtsgelehrten des Mittelalters und der Renaissance. Und diese Bearbeitung war so fein, daß der Vorbedacht am Ende von dem Vorsatz völlig getrennt wurde und ihm der Verlauf einiger Zeit zwischen dem Entschluß und der Tatbegehung als begriffliches Merkmal hinzugefügt wurde. So nach dem berühmten Definition von Clarus /1525-1575/⁴ "*ex proposito committi omicidium quando qui aggreditur alium praevia deliberatione ex intervallo praecedente et illum interfecit*".

5. Das germanische und das mittelalterliche deutsche Recht

Im Gegensatz zu den anderen Rechtsordnungen des Altertums ist die Unterscheidung zwischen schwereren und leichteren Tötungen ein charakteristisches Kennzeichen des altgermanischen Rechts. Zwar bedeutete Mord ursprünglich jede vorsätzliche Tötung,¹ sehr früh aber wurde der Begriff des Totschlags eingeführt, so daß es keine Übertreibung wäre, wenn man sagen würde, daß die Unterscheidung, die die heutigen Gesetzgebungen kennen, deutscher Abstammung ist. Sie wurde aber völlig anders durchgeführt, weil das germanische Recht statt des inneren psychologischen Prozesses der Entscheidungsgestaltung zu einer allgemeinen ethischen Bewertung der Tat gelangt. So

2. Mabillion, *Réflexions sur les prisons des ordres religieux*, 1965

3. Dahm, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, S.263ff, 328, Schröder, in *SJZ*, 1950, S. 561

4. *Opera omnia*, lib V unter *Homicidium*. Eine ähnliche Definition gibt auch Farinacius /1554-1618/ in *Questio* 89, n30, n126, n169. "*Omicidium simplex est illud in quo occidenti animus concurrit tempore rixae, praemeditatum vero in quo occidenti deliberatio ante rixam praecedit*". So auch heute Saltelli-Romano di Falco, *Commento del Codice Penale*, Bd. 4, S. 245

1. His, *Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina*, 1967, S. 121

ist Totschlag, als leichtere vorsätzliche Tötung, die im offenen Kampf begangene, während Mord, als die schwerere, die verheimlichte und hinterlistige Tötung ist.² Der Totschlag wird dem Mord gleichgestellt, wenn der Täter den von ihm begangenen Totschlag verbirgt, und in Norddeutschland auch, wenn der Täter die Umstände, unter denen der Totschlag begangen worden ist, nicht befriedigend aufhellt.³

Nach den meisten mittelalterlichen Quellen ist Mord nicht mehr die verheimlichte vorsätzliche Tötung, sondern er bedeutet die Heimlichkeit der Ausführung. Später erscheinen auch andere Qualifizierungen, wie die Begehung der Tat während der Nacht, die Tötung aus Habgier, die Tötung eines wehr- oder ahnungslosen, die Tötung mit Bruch eines Treuverhältnisses, die Tötung im Haus- oder Kirchenfrieden, die Tötung mit verbotenen Waffen und auch die Tötung mit Vorbedacht.⁴ Nach den alemanischen Rechten ist Mord die Tötung durch Bruch eines gelobten oder gebotenen Friedens. Alle anderen besonders verwerflichen Tötungen, wie z.B. die Tötung der nachstehenden Personen, die Tötung mit Vorbedacht (mit vorsate, mit upsate, mit voerrade) oder die Tötung mit Auflauern, werden unter dem Term "unhehrliche Tötungen" subsumiert, nach dem Vorbild der norddeutschen Rechte.⁵

Gegen Ende des deutschen Mittelalters fängt das deutsche Recht langsam an, sich von den germanischen Vorbild zu entfernen und sich vom lateinischen Recht beeinflussen zu lassen.⁶ So bezeichnet eine Bamberger Urkunde von 1350 den Mord als die "mit verdachtem mut öffentlich oder heimlich" begangene Tötung und den Totschlag als die "von jähem zorn oder von trunkenheit oder von auflaufs wegen" begangene Tötung. Der Inglaurer Schöffebuch adoptiert den Vorbedacht als einen der Mordfälle,⁷ während das Ofener Stadtrechtsbuch am Anfang des 15. Jhds. ihn als das einzige Mordmerkmal annimmt, eine Auffassung der auch Hans v. Schwarzenberg (1463-1528) in der von ihm verfaßten Halsgerichtsordnung (Constitutio Criminalis Bamber-

2. Lange, in LK, Bd 2, S. 159, Maurach-Schröder, BT, S. 22, Meyer-Allfeld, Lehrbuch, 1922, S. 330, Blei, BT, S. 7, Sauer, System, S. 251, Wachenfeld, Lehrbuch, 1914, S. 303.

3. His, a.a.O., S. 123.

4. His, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, 1935, Bd. 2, S. 91ff.

5. His, Das Strafrecht, Bd. 2, S. 84ff.

6. Maurach-Zipf, S. 51

7. "Quinque animo deliberato posotis insidiis alium exrectando capriose ipsum interficit, mortificator dici potest".

gensis) für das Bistum Bamberg von 1507 folgte. Dadurch wurde der Vorbedacht als Mordmerkmal mit der deutschen Rechtstradition verbunden.⁸

Die Peinliche Gerichtsordnung (Constitutio Criminalis Carolina) von 1532 unterscheidet nach Schwarzenbergs Modell zwischen dem "fürsätzlichen und mutwilligen mörder" und dem Totschläger, der aus "gehey und zorn" getötet hat. Es ergibt sich aber nicht, daß das "fürsätzliche und mutwillige" im Sinne des lateinischen propositum verstanden werden muß. Seiner Begriffsbestimmung nach entspricht dieser Ausdruck dem heutigen juristisch-technischen Begriff des Vorsatzes und nicht dem der Überlegung oder dem des Vorbedachts. So ist Mord jede vorsätzliche Tötung, die nicht im Affektzustand begangen worden ist. Die Affektfälle wurden im Totschlag erfaßt.⁹ Die CCC hat sich auf der anderen Seite an die altgermanische Tradition gehalten, insofern sie neben dem allgemeinen Mordbegriff auch besondere Mordformen, wie den Giftmord,¹⁰ und den Herren-, Verwandten- und Gattenmord,¹¹ besonders regelte.

Die Rechtsgelehrten jener Zeit unterschieden von den obengenannten allgemeinen Mordbegriff auch den Lahnmord oder Assassinium, den Meuchelmord oder die hinterlistige Tötung und den Raubmord oder die Tötung als Mittel der Entwendung.¹² So hatte die CCC einen allgemeinen Begriff der vorsätzlichen Tötung, den sie Mord nannte, eine durch das psychologische Merkmal des Affekts privilegierte Tötung, und was die verwerflichsten Tötungen betraf, hatte sie eine kasuistische Abschtitung der schwersten Fälle vorgenommen. Im übrigen war die Begriffsabgrenzung bei der CCC noch nicht sehr klar, weil der Terminus Totschlag auch die fahrlässige, ja sogar die rechtmässige Tötung bedeutete.¹³ Praktisch war die einzige Folge dieser Unterscheidungen der vorsätzlichen Tötungen, sowohl im germanischen und mittelalterlichen Recht als auch in der CCC, die Variation in der Vollstreckung der Todesstrafe. Der Täter wurde so oder so hingerichtet, je nachdem, ob er einen Totschlag, einen Mord oder einen schweren Mord begangen hatte.¹⁴

8. His, a.a.O., S. 125, ders. Das Strafrecht, Bd. 2, S. 94.

9. Löffler, a.a.O., S. 164ff., Schaffstein, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen, S. 107, Schröder, in SJZ, 1950, S. 561.

10. CCC Art. 134, Cfl. 1 Cod. de maleficis.

11. CCC Art. 137, Cfl. 1 Dad.leg.Pomp. de parr. (48.9).

12. Berner, Lehrbuch, S. 507.

13. Art. 137 fgg., Berner, Lehrbuch, S. 507.

14. His, Das Strafrecht, Bd. 2, S. 80ff., v. Holzendorf, Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe, 1875, S. 185, Liszt-Schmidt, S. 413

Zweiter Teil

Die Problematik der vorsätzlichen Tötung in der Rechtsvergleichung und in der Reformbewegung¹

1. Das französische Recht und sein psychologisches Mordkriterium

Die moderne Entwicklung im Bereich der vorsätzlichen Tötung fängt mit der revolutionären französischen Strafgesetzgebung an. Sie hat eigentlich keine Neuerung zum Ausdruck gebracht, weil sie, wie alle Rechtsordnungen der lateinischen Rechtsfamilie, dem psychologischen Begriffspaar *ex proposito - ex impetu* gefolgt ist, aber ihre Bedeutung liegt darin, daß sie diesen Begriffen ihre endgültige Gestalt und ihren heutigen Inhalt gegeben hat. Das französische StGB von 1791, das erste, das in der neueren Zeit mit aller Klarheit den Mord als die mit Vorbedacht begangene vorsätzliche Tötung bezeichnete, ist die Krönung einer jahrhundertelangen Tradition und Entwicklung. Die endgültige Preisgabe der kasuistischen Abschichtung der schweren Fälle und die Durchführung der Unterscheidung zwischen gemeiner und schwerer vorsätzlichen Tötung durch ein einheitliches Kriterium, die fast ein Jahrhundert lang in den europäischen Gesetzgebungen herrschte, ist aber dem *code pénal* von 1810 zu verdanken.

Trotz der einheitlichen Durchführung der Unterscheidung ist das französische Recht in seiner Anwendung nicht einfach und es führt nicht immer zu billigen Lösungen.² Der Grundtatbestand ist nach Art. 304 der *meurtre*, der mit lebenslangen Zuchthaus bestraft wird. Die mildernden Umstände, der Totschlag im engeren Sinne, werden recht kasuistisch aufgezählt. So vermindert der *code pénal* die Tötungsstrafe auf eins bis fünf Jahre, (Art. 326) wenn die Tötung im provozierten Affekt (Art. 321) oder im Abwehr gegen Einbruch oder

-
1. Umfassende und umfangreiche vergleichende Darstellung, siehe bei Simson-Geerds, Straftaten gegen die Person und die Sittlichkeit, 1969.
 2. Goyet (Rousselet-Patin), *Droit pénal spécial*, 1958, S. 414ff., Lambert, *Traité de droit pénal spécial*, 1968, S. 350, Vouin, *Droit pénal spécial*, Bd. 1, 1968, S. 157.

Einsteigen in einem umschloßenen Raum während des Tages (Art. 322) begangen wird oder wenn der Ehemann die auf frischer Tat ertappten Ehebrecher tötet. (Art. 324)

Den Mord bestimmt Art. 296 als die mit Vorbedacht (*préméditation*) oder Auflauern (*quet-apens*) begangene Tötung, Die Art. 302 obligatorisch mit der Todesstrafe belegt. Art. 297 bestimmt den Vorbedacht als die vor dem Eingriff gestaltete Tatplanung. Das Auflauern, dessen Begriff Art. 298 gibt, wird von der Lehre und der Praxis als eine Äußerung, als eine Feststellung des Vorbedachts in der Außenwelt verstanden.³ Auf Grund der richtigen Ansicht, daß der Affekt den Vorbedacht und umgekehrt nicht notwendig ausschließt, mildert Art. 326 die Mordstrafe auf fünf Jahre Gefängnis für Fälle, bei denen Vorbedacht und provozierter Affekt zusammentreffen.⁴

Drei Ausnahmen von dieser allgemeinen psychologischen Begriffsbestimmung des Mordes in der Richtung der ethischen Tatbewertung und der kasuistischen Abschichtung kennt der *code pénal*, insofern er zwei delikti *sui generis*, die Vergiftung (Art. 301 in Verbindung mit Art. 302) und die Tötung eines Beamten während seiner Amtsausübung oder wegen seines Amtes (Art. 233) und ein Sonderverbrechen den Elternmord (Art. 299 in Verbindung mit Art. 302) einführt, für die er die absolute Mordstrafe androht, wobei nach Art. 323 der Milderungsgrund des provozierten Affekts beim Elternmord nicht angenommen werden kann.

2. Das französische Vorbild in Deutschland

Mit dem *code pénal* von 1810 beginnt der Triumphzug des psychologischen Kriteriums als Mordmerkmal, das ein Jahrhundert lang in den europäischen Gesetzgebungen fast absolut herrschte. Eine der sehr wenigen Ausnahmen war das österreichische StGB von 1852, das die altdeutsche Tradition der eingehenden Kasuistik fortsetzte. § 135 hob als erschwerte Tötungsfälle den Meuchelmord, den Raubmord, den bestellten Mord und den gemeinen Mord hervor.¹

3. Vouin, a.a.O., S. 158

4. Cass. Crim. 12 Juli 1907, Dalloz, 1909. Das stellt aber die Praxis vor schwierigen Beweisproblemen.

1. Blei, Bt, S. 8, Rittler, Lehrbuch, Bd. 2, S. 2f

Nachdem der Starke Einfluß des römisch-kanonischen Rechts seit dem Ende des Mittelalters begonnen hatte, waren die deutschen Rechtsgelehrten zu diesem Zeitpunkt bereit, die Krönung der römischen Entwicklung sofort anzunehmen. So beschreibt Art. 146 des bayerischen StGB von 1813 den Mord als die mit Vorbedacht beschlossene oder mit Überlegung ausgeführte vorsätzliche Tötung. Der Verfasser diese StGB, Anselm v. Feuerbach, fügte dem französischen Vorbild eine wesentliche Verbesserung hinzu, insofern er deutlich machte, daß nicht nur ein psychologischer Prozeß, der den Vorgang der Entschlußfassung bezeichnet, sondern auch der psychologische Zustand des Täters während der Tatausführung für den Mord maßgeblich sei. In diesem Sinne hat v. Feuerbach, beeinflusst von den rational-mechanistischen psychologischen Anschauungen jener Zeit,²² auch eine positive Bestimmung des Totschlags gegeben.³ Dazu hat er das Merkmal der CCC, nämlich die "aufwallende Hitze des Zorns", benutzt. So hatte das bayerische StGB die vorsätzliche Tötung in zwei positive selbständige und einander ausschließende Tatbetsände, aufgelöst, was aber, wie wir später zeigen werden,⁴ für die Dogmatik und die Systematik der Tötungsdelikte nicht ganz ohne unerwünschte Folgen blieb.

Dem bayerischen Vorbild folgten auch die Strafgesetzbücher der anderen deutschen Staaten mit verschiedenen, meist sprachlichen Variationen. So haben die Strafgesetzbücher von Oldenburg, 1814, Art. 151; von Thüringen, 1850, Art. 119; von Braunschweig, 1840, §145, und von Hannover, 1840, Art. 227 die Alternativformel "Vorbedacht oder Überlegung" angenommen.⁵ Besonders nennenswert ist das hesische StGB von 1841, dessen Art. 252 als Mord auch die im Affektzustand begangene, aber vorher kaltblütig überlegte Tötung bezeichnete, was auch das badische StGB von 1845, § 205, übernahm.

Seit dem sächsischen StGB von 1855, dessen Art. 155 auf den Vorbedacht verzichtete und den Mord als die mit Überlegung begangene

22. Darstellung der psychologischen Anschauungen Feuerbachs siehe bei R. Hartmann, P. J. A. Feuerbachs politische und strafrechtliche Grundanschauungen, 1961, S. 153ff.
3. Gegen eine positive Bestimmung des Totschlags v. Liszt, in VD, Bd 5, 1905, S. 40. Für Feuerbachs Regelung siehe auch Feuerbach, Kritik des Kleinschrodschen Entwurfs, Teil III, 1804, S. 81
4. Siehe unten § 4 dieses Kapitels.
5. Vgl. Art. 237 des württembergischen StGB von 1839: ".... mit Vorbedacht beschloßen oder ausgeführt hat".

vorsätzliche Tötung bezeichnete, beginnen die deutschen Strafgesetzbuchungen die Überlegung als einziges Mordmerkmal anzusehen.¹ So das bayerische StGB von 1861, Art. 228, das preußische StGB von 1851, § 175, und das darauf zurückgehende StGB für den Norddeutschen Bund, § 211, das ein Jahr später das Reichsstrafgesetz wurde.

3. Kritik des psychologischen Kriteriums

Der Erfolg des psychologischen Kriteriums zur Bezeichnung des Mordes ist auf die Einfachheit seines Grundgedankens zurückzuführen. Seine Ratio ist, daß die Beharrlichkeit der Tötungsabsicht, die das vermutliche Kennzeichen der Überlegung ist, eine besonders verwerfliche und deshalb auch eine besonders gefährliche Persönlichkeit offenbart. Das Merkmal der Überlegung verkörpert die kaltblütige Abwägung des Für und Wider der Tat,¹ die moralische Skrupellosigkeit des Täters, und gibt die zweckdienliche Planung der Tat zu erkennen, die die Verwirklichung der Tötungsabsicht erleichtert und die Abwehr des Opfers erschwert. Dieses letztere wird besonders von italienischen Strafrechtlern, wie dem Klassiker Carrara, der darin die wirkliche Ratio dieser Regelung sah, betont.²

Trotz ihres Erfolgs ist aber die Überlegung als Mordmerkmal auf mehrfache und verschiedenartige Kritik gestoßen. Von Anfang an zeigte sich bei ihrer Anwendung in der Praxis, daß ihre Einfachheit nur scheinbar ist und daß sie viele Probleme hervorruft.³

Zunächst ist die Überlegung eine rein geistige Tätigkeit, die in den meisten Fällen nur sehr schwierig, ja fast niemals in der Außenwelt festgestellt werden kann,⁴ da sie kein Element des Vorsatzes, sondern ein Element des verbrecherischen Entschlusses, also Tatbestandsmerkmal ist.

-
1. Wachenfeld, Die Überlegung in unserem heutigen Mordbegriff, 1887, S. 14, ders. Lehrbuch, S. 157, Binding, Lehrbuch, Bd. 2, S. 27, ders. Die Normen und Ihre Übertretungen, Bd. 2, S. 508, Blei, BT, S. 20
 2. Siehe Saltelli-Romano di Falco, Bd. 4, S. 237
 3. Jagusch, Aus der Rechtsprechung des OGHbz zur vorsätzlichen Tötung, in SJZ, 1949, S. 324
 4. Wachenfeld, Lehrbuch, S. 305, Jagusch, in SJZ, 1949, S. 324.
 5. Stoss, Grundzüge, Bd. 2, S. 7, Liszt-Schmidt, S. 465

und ihr Gegenstand nicht die Art und Weise der Tatvollziehung, sondern vielmehr der verbrecherische Gedanke ist.⁶ Deshalb wurde sie im konkreten Fall negativ aus dem Fehlen des Affekts bewiesen.

Abgesehen davon, daß eine solche Lösung des Beweisproblems falsch ist,⁷ und als Folge, wegen der Schwierigkeiten des Beweises, die Gefahr der ungerechten Verhängung oder der ebenso ungerechten Nichtverhängung der Mordstrafe bringt,⁸ ist es aus rein psychologischen Gesichtspunkten sehr schwierig zu beurteilen, ob der Täter kaltblütig und vernunftgemäß seine Entscheidung gefaßt hat oder der Jähzorn seine Denkfähigkeit beeinträchtigt hat. Denn der innere Prozeß der Entscheidungsgestaltung ist nicht der gleiche für alle Menschen, sondern er ist je nach Mentalität, Gemütsart und Temperament jeder einzelnen Persönlichkeit verschieden.

Abgesehen auch davon, daß nur ein kleiner Teil der begangenen Verbrechen wirklich "freiwillig", nämlich bei der Zielsetzung, der Erwägung des Für und Wider und der Entscheidung, begangen wird,⁹ was bei der vorsätzlichen Tötung, wie bei allen Gewaltverbrechen, die mehr auf psychologischen Prozessen als auf Logik beruhen, nur selten der Fall ist, gibt es Leute, die sich mit Windeseile entscheiden und trotzdem mit Bedacht handeln, und umgekehrt gibt es andere, die nur sehr langsam und nach langer Überlegungszeit eine Entscheidung fallen können und sich am Ende unter dem Einfluß eines plötzlichen und momentanen Eindrucks entscheiden.¹⁰ Deshalb ist die Überlegung auch während einer heftigen Aufregung möglich und umgekehrt fehlt sie in anderen Fällen, wobei die Fälle des Lustmordes und der Mordlust denkbar sind,¹¹ bei denen kein Affekt vorliegt.

Diese kurzen Bemerkungen, die auf der psychologischen Forschung beruhen, machen klar, daß die Überlegung, wie man schon richtig be-

6. Wachenfeld, Lehrbuch, S. 305, ders. Die Überlegung, S. 14

7. Siehe unten, §4 dieses Kapitels

8. v. Holzendorf, a.a.O., S. 249

9. Lersch, Aufbau der Person, 1971, S. 482, 490-492

10. Vgl. Stoss, Grundzüge, Bd. 2, S. 7

11. Vgl. Eckl, Der Einfluß sozialer Anschauungen und Wertungen auf die Rechtsprechung zu den Tötungsdelikten zur Abtreibung und zur Körperverletzung, Diss. München, 1962, S. 22, Ed. v. Liszt, a.a.O., S. 21, v. Liszt, Lehrbuch, 22. Aufl., S. 291, LK, 4. Aufl., 1929, S. 672, Maurach-Zipf, AT, Teilb. 1, S. 23, Wachenfeld, Lehrbuch, S. 305.

tont hat,¹² wenigstens allein auch nicht annähernd die Fälle der besonders schweren Tötungen ausschöpfen kann.¹³ Das zeigte sehr deutlich die große Erfahrung der älteren Rechtsprechung deutscher Schwurgerichte, wobei, da das Gegenüberstehen von Affekt und Überlegung mit der moralischen Abstufung der Schuld nicht übereinstimmt,¹⁴ die Geschworenen in den meisten Fällen wegen der niedrigen Beweggründe des Täters das Vorhandensein der Überlegung für bewiesen hielten und ohne weiteres die Schuld wegen Mordes bejahten. Umgekehrt auch verneinten sie trotz des Vorhandenseins der Überlegung wegen nicht so verwerflicher Motive den Mord.¹⁵

Einen weiteren Einwand gegen die Überlegung stellt der Streit über ihren Inhalt dar. Welches ist ihr Gegenstand? Ist es das Ob, ist es das Wie der Tat oder beides? Auf welche Umstände und Tatsachen erstreckt sie sich, und auf welche stützt sie sich?¹⁶ Wie kann man ihr Vorhandensein sicher feststellen und auf welcher Stufe des Handlungsprozesses muß sie vorliegen, um eine vorsätzliche Tötung als Mord oder Totschlag beurteilen zu können? Muß sie während des Entschlusses, während der Tatausführung oder während beider vorliegen?¹⁷ Trotz der Bemühungen der Lehre und der Rechtsprechung wurde keine Einigkeit über ihre Bestimmung erreicht, was also ihren Mißerfolg für eine Tatbestandsabgrenzung zwischen Mord und Totschlag beweist.¹⁸ Ein Begriff, der bei jedem Autor verschiedenen Inhalt hat, kann nicht die Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag recht-

12. Entwurf von 1962, Begründung, S. 255

13. Aschaffenburg, Mord- und Totschlag in der Gesetzgebung, in MonKrimPsych., 9, S. 657, Röder, Die Tatbestandsmerkmale des § 211 StGB für das deutsche Reich vom 15. Mai 1871 in der Fassung des GStGB, Diss. München, 1954, S. 1

14. Vgl. Arzt, in ZStW, 83, S. 11

15. v. Holzendorf, a.a.O., S. 263. Etwas ähnliches erwähnt auch Stoss, Grundzüge, Bd. 2, S. 8ff für die schweizerische Rechtsprechung seiner Zeit. Loduckowski, Die Tötungsdelikte im Landgerichtsbezirk Koblenz in den Jahren 1910 bis 1939, Diss. Koblenz, 1941

16. Ed. v. Liszt, a.a.O., S. 40ff, Katzenstein, Die vorsätzlichen Tötungen nach geltendem Recht, in ZStW, 24, S. 515, v. Holzendorf, a.a.O., S. 260

17. v. Holzendorf, a.a.O., S. 258. Auch Mezger-Blei, BT, S. 21. Das RG folgte die Ansicht, daß § 211aF im Gegensatz zum § 175 preußStGB "das requisit überlegter Ausführung" verlangte und daß das Gesetz deutlich die Überlegung mit der Tatausführung verknüpfte. RG 3/295, 4/187, 8/276, 32/253, 36/26, 42/260, 53/249, 55/101, 55/208, 62/169f, 70/257. Nur 19/256ff verlangte auch den überlegten Entschluß (dolus praemeditatus).

18. Graf Gleispach, Tötung, in Das kommende deutsche Strafrecht, BT, 2. Aufl., S. 255

fertigen.¹⁹

Auch aus kriminalpolitischer Sicht dient die Überlegung zu nichts. Die rational-mechanistische Anschauung, nach der das menschliche Handeln Ergebnis der beharrlichen und ausführlichen Abwägung des Für und Wider der Tat ist,²⁰ die zur Zeit der Einführung der Überlegung vertreten wurde, gilt für die neuere Psychologie als völlig überwunden und naiv. Insbesondere verfehlte die Generalprävention, die Feuerbach verfocht, ihr Ziel, weil, wenn der Täter ohne Überlegung handelt, die psychologische Wirkung, auf die die strafrechtliche Vorschrift abzielt, nicht eintritt. Wenn der Täter aber mit Überlegung handelt, dann hat er mit den anderen Anhaltspunkten auch die Strafe und ihre Vermeidungsmöglichkeiten abgeschätzt und berechnet, wobei deutlich ist, daß die Strafdrohung keine generalpräventive Wirkung hat.²¹

Das Kriterium der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag nach dem Maß der kaltblütigen oder hitzigen Gestaltung des Tötungsent-schlusses hat also die Erwartungen seiner Erfinder nicht erfüllt. Eine weitere Vertiefung in den Problemkreis ist für unsere Arbeit nicht von Nutzen. Was wir hier hervorheben wollten, ist, daß das psychologische und intellektuelle Merkmal in seiner Anwendung nicht einfach und dazu noch untauglich zur Tatbestandsabgrenzung, unzutreffend für die Unterscheidung, kriminalpolitisch unzureichend und dogmatisch widersprechend ist.

4. Der Einfluß des psychologischen Kriteriums auf die Strafrechtsdogmatik und die Systematik des Gesetzes

Die kriminalpolitische Untauglichkeit und die psychologische Unrichtigkeit des psychologischen Kriteriums blieben nicht ohne unerwünschte Folgen für das juristische Denken. Die Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag ist nach und nach über das Ziel hinausgeschossen und hat die Strafrechtsdogmatik auf einen Irrweg geführt.

19. v. Liszt, a.a.O., S. 60

20. Siehe oben S. 16, Fußnote 2

21. Arzt, in ZStW, 83, S. 5ff.

Während das im Laufe der Zeit und mit der Entwicklung des juristischen Denkens angenommene Schuldprinzip vorest zu einer Unterscheidung nach unten, nämlich der im Affektzustand begangenen Tötungen von den üblichen vorsätzlichen Tötungen als minder schwere Tötungsfälle unter der Bezeichnung Totschlag geführt hatte, selbst wenn diese Unterscheidung nur die unterschiedliche Vollstreckung der Todesstrafe zur Folge hatte, wurden später verschiedene Merkmale auch in die Gegenrichtung, nämlich die Schwere der Tötung steigernd, hinzugefügt. Durch diese wurden die schwersten Tötungen als Mord bezeichnet, auch wenn diese Unterscheidung die grausamere Vollstreckung der Todesstrafe zur alleinigen Folge hatte.

Wie die Abgrenzung sich im Laufe der Geschichte entwickelt hat, haben wir schon dargestellt. Im vorigen § 3 haben wir auch gesehen, daß die kriminalpolitischen Ergebnisse jahrhundertelanger Entwicklung durchaus unbefriedigend sind. Genauso unbefriedigend sind auch ihre dogmatischen Folgen.

Abgesehen davon, ob die Beurteilung richtig ist, nur eine mit Überlegung begangene Tötung die schwerere ist, oder eine solche Tötung immer die schwerere ist,¹ hat man die Beweisschwierigkeit dieses rein psychologischen Merkmals² auf eine naive und psychologisch falsche Weise gelöst, die nur die Verwirrung der Begriffe zur Folge haben konnte. Denn aus der Gegenüberstellung beider psychologischen Zustände, des Affekts und des Vorbedachts oder der Überlegung, ergab sich der Schluß, daß, da der Mensch normalerweise mit Bedacht handelt, wir nur zwischen zwei Arten des menschlichen Verhaltens unterscheiden können; es kann nämlich nur einer der Seelenzustände vorliegen; entweder der normale Zustand mit Bedacht oder der Affektzustand, da sie einander ausschließen.³ Die Schlußfolgerung aus dieser Auffassung lautet nämlich: wer nicht überlegt handelt, handelt im Affekt und umgekehrt.

Demzufolge ergab sich eine Zweiteilung der vorsätzlichen Tötungen. nicht aber im Sinne der ursprünglichen quantitativen, sondern im Sinne einer qualitativen Unterscheidung durch die Gestaltung zweier Tatbetsände, die untereinander im Exklusivitätsverhältnis standen, wobei Mord die überlegte und Totschlag die nicht überlegte, die im Affektzustand begangene Tötung war.⁴ Da aber das Fehlen des Affekts bloß

1. Siehe oben § 3, S. 18f.

2. Wachenfeld, Lehrbuch, S 305, v. Holzendorf, a.a.O., S. 249, Jagusch, in SJZ, 1949, S. 324

3. So Hälschmer, Lehrbuch, Bd. 3, S. 35f., Wachenfeld, Lehrbuch, S. 305

4. Vgl. v. Holzendorf, a.a.O. S. 249

das Vorhandensein des normalen Seelenzustandes bedeutet, der sich von dem Vorbedacht oder der Überlegung unterscheidet,⁵ fielen alle Fälle der gemeiner vorsätzlichen Tötung, bei denen die Überlegung nicht vorlag, willkürlich, weil der Affekt auch nicht hatte bewiesen werden können, unter den Totschlag und natürlich waren sie der viel milderen Strafe der Affekttötung nicht würdig.

Obwohl der Mangel dieser Betrachtung⁶ frühzeitig sehr klar dargelegt wurde, verblieb es bei der Zweiteilung und verbleibt es bei ihr noch heute mit ganz wenigen Ausnahmen. Auch die Preisgabe des psychologischen Kriteriums durch die meisten modernen Gesetzgebungen und die gleichzeitige Annahme anderer Kriterien für die Bezeichnung des Mordes ändert daran nichts, so daß der Totschlag seinen ursprünglichen Sinn verlor und heute als die gemeine vorsätzliche Tötung verstanden wird. Die im Affektzustand begangene Tötung wird nur für einen milderen Tötungsfall gehalten.⁷

Aus dieser Entwicklung und der heutigen Gestaltung der Gesetzgebung ergeben sich erhebliche Schwierigkeiten für die Abgrenzung vom Mord und Totschlag, die fast unlösbar erscheinen, so daß die Frage, was der Tötungsgrundtatbestand sei, nicht einstimmig und einwandfrei beantwortet werden kann. Ist es der Totschlag, (so die Mehrheit der Strafrechtler) oder ist der Mord, (so Eb. Schmidt⁸ und mittelbar v. Weber⁹) oder haben beide Verbrechen den Tatbestand gemeinsam und unterscheiden sich voneinander nur quantitativ, nämlich sind Mord und Totschlag ein und dasselbe Verbrechen, und sind die einzelnen Tatbestände nicht mehr als Strafzumessungsregeln? (So Schröder¹⁰ und Lange¹¹). Der BGH hat eine weitere Meinung entwickelt, nach der Mord und Totschlag zwei verschiedene und selbständige Verbrechen seien.¹² Diese Fragen sind nicht bloß ein theoretischer Streit zwischen entgegengesetzten Lehrmeinungen, sondern sie haben sehr wichtige Folgen auf dem Gebiet der Teilnahme.

5. Schwarze, Kommentar, 1884, S. 596, Schröder, in SJZ, 1950, S. 516f, H. Mayer, Strafrecht, AT, S. 459.

6. Siehe Stoss, Grundzüge, Bd. 2, S. 8

7. Maurach-Schröder, BT, T. 1, S. 24

8. Eb. Schmidt, Zur Lehre von den Tötungsdelikten, in DRZ, 1949, S. 241.

9. v. Weber, Teilnahme an Mord und Totschlag, in MDR, 1952, S. 265

10. Siehe unten, S. 76

11. Siehe unten, S. 77

12. Siehe unten, S. 68

5. Vorbemerkungen zur Reformbewegung seit dem Ende des 19. Jahrhunderts

Die zweite Hälfte des 19. Jhs war für das Strafrecht eine Übergangszeit, zugleich aber eine sehr fruchtbare Periode. Die lebhafteste Diskussion zwischen den "Klassikern" der Strafrechtsdogmatik und den Vertretern der neuen Ideen haben nach der Einschränkung und Milderung der radikalen Auffassungen zu einer Erneuerung der Strafrechtsdogmatik geführt, so daß die Geister gegen die Jahrhundertwende reif für eine Reform waren. Und tatsächlich wird das Ende des 19. Jhs. durch den Anfang einer großen Strafrechtsreformbewegung sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene charakterisiert. Eine große Menge von Entwürfen, vergleichender Darstellungen und kriminalpolitischen Arbeiten, kamen ins Licht, die die festgestellten Unzulänglichkeiten des alten Rechts korrigieren sollten.

Die Feststellung der unüberwindlichen Schwierigkeiten für die Bezeichnung der besonders verwerflichen Tötungen durch das psychologische Kriterium blieb nicht ohne Wirkung. In den Reformarbeiten dieser Zeit nimmt das Problem der Regelung der vorsätzlichen Tötung unter den anderen Vorschlägen für den besonderen Teil einen der ersten Plätze ein, ohne daß jedoch eine allgemeine Lösung gefunden wurde.

Die Teilnehmer an diesen Reformarbeiten waren sich bewußt, daß eine klare Tatbestandsabgrenzung unmittelbar von der kriminalpolitischen Tauglichkeit des Mordkriteriums abhängig ist.¹ Die große Schwierigkeit, die sie es zu überwinden galt, lag in der Auffindung eines Kriteriums, das deutliche Feststellungen darüber erlaubt, welche Tötungen einen besonders großen Unwert haben oder der Gesinnung des Täters zum besonders schweren Vorwurf gemacht werden können und welche nicht. Deshalb wurden von diesen Reformarbeiten verschiedene Kriterien vorgeschlagen, meistens jedoch keine generellen oder einheitlichen, ja sogar auch die Abschaffung der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag wurde gefordert.

6. Die positive Schule

Die italienische positive Schule, die den Anstoß zu der Reformbewe-

1. Eb. Schmidt, in DRZ, 1949, S. 241

gung gegeben hat, betont im Rahmen ihres Strebens nach Gefährlichkeitsmerkmalen die Untauglichkeit des psychologischen Kriteriums, die wirklich besonders verwerflichen Tötungen zu umfassen und den Gefährlichkeitsgrad des Täters wiederzuspiegeln.¹ Tatsächlich gehört zu den großen Verdiensten der Positiven Schule, daß sie bewiesen hat, daß die Geschwindigkeit der Gestaltung und der Verwicklung des verbrecherischen Entschlusses keine Beziehung zur Gefährlichkeit und Verbesserungsfähigkeit des Täters hat.² Zudem beweist die empirische kriminologische Forschung auch, daß gewisse leicht anzureizende Affektverbrecher aus sozialer Sicht viel gefährlicher sind als andere, die ihre Tat lange planen.³

Die positive Schule hat empfohlen, statt nach zweideutigen und kriminalpolitisch zweifelhaften Merkmalen zu suchen, den Tatbestand der vorsätzlichen Tötung so zu formulieren, daß er die größere Perversion der Persönlichkeit⁴ indizieren kann, damit auch der Gefährlichkeitsgrad des Verbrechers in der Abgrenzung einbezogen werden kann. Was Art und Umfang der Behandlung des Täters betrifft, so sind diese völlig unabhängig von einer durch das Gesetz absolut bemessenen Strafe und durchaus nach dem gegebenen Gefährlichkeitsgrad des konkreten Verbrechers zu bestimmen. Jedoch hat sich die Tätertypenlehre der positiven Schule nicht zu einer tatbestandlichen Tätertypenlehre entwickelt, sondern ihre Tätertypeneinteilungen sind zu Indizien für die Strafzumessung geworden.

7. Der StossEntwurf und seine ethische Mordindikation

Um die Strafrechtsdogmatik aus der Sackgasse herauszuführen, in die das psychologische Merkmal sie geführt hatte, versuchte Carl Stoss mit seinem berühmten schweizerischen Vorentwurf von 1894¹ eine andere-

1. Ferri, *Principi di diritto criminale*, 1928, S.436, Jannitti-Piomallo, *Premeditazione e vizio parziale di mente*, in *Riv. Penale*, 1935, S.228f, Longhi, *Repressione e prevenzione nel diritto penale*, 1911, S.322, Manzini, *Trattato*, Bd 8, S. 46
2. Alimena, *La premeditazione*, 1887, S. 89.
3. Garçon, *Code pénal annoté*, Bd. 2, 1956, S. 25, Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Bd. 4, 1900, S. 574f., v. Liszt, a.a.O., S. 63, Maunach, *BT*, S. 21, Pannain, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, 1964, S. 61
4. "Maggiore perversità d' animo" nach Ferris Ausdruck, Ferri, ebd. oder "maggiore criminalità" nach Manzini, ebd. Siehe auch Altavilla, *La premeditazione e vizio parziale di mente*, in *Sc. Positiva*, 1962, S. 326.
1. Zu den StossEntwürfen von 1894, 1896, 1903 und 1908 siehe Protokoll der ersten Expertenkommission, Bd. 1, S. 317ff, Protokoll der zweiten Experten Kommission, Bd. 2, S. 146ff, Bd. 3, S. 41ff, Bd. 8, S. 218ff, Blei, *BT*, S.8

re positive Bestimmung des Mordes zu erreichen. Stoss beabsichtigte die Erleichterung der richterlichen Urteilsfindung bei der Frage, ob es sich im konkreten Fall um Mord oder Totschlag handelt, und er meinte, daß der Richter dies leicht erreichen könne, wenn er diese Frage nach Tatumständen zu beurteilen habe.² So versuchte Stoss, statt des unsicheren Verfahrens der psychologischen Abgrenzung, den Mord durch eine ethische Bewertung der Tat zu bestimmen, indem er konkrete Bewertungskriterien gab.

Durch das Stoss-Model wird der Charakter des Mordes als die Tötung bestimmt, die bei dem gemeinen Rechtsbewußtsein einen besonders großen Abscheu verursacht. Stoss wollte aber dem Richter die Konkretisierung dieser Generalklausel nicht überlassen und versuchte durch eine umfangreiche und abschließende Kasuistik die besondere Mordverwerflichkeit zu konkretisieren. So ist der Mord nach Art. 50 VEnt. 1894 die vorsätzliche Tötung, die mit außergewöhnlich niedeträchtigen Motiven, mit gemeingefährlichen Mitteln, zur Verdeckung oder Erleichterung einer anderen Straftat, mit Grausamkeit und heimtückisch begangen wird. Weiter erklärt der VEnt. daß die besonders niedrigen Motive vor allem die Mordlust und die Habgier, die gemeingefährlichen Mitteln, das Gift, der Sprengstoff und das Feuer seien.³

8. Die Variationen des ethischen Kriteriums in den repräsentativsten europäischen Gesetzgebungen

Der Stoss-Entwurf hat eine große Resonanz gefunden. Die meisten europäischen Gesetzgebungen folgten, jede nach ihrer eigenen Art und Weise, im Mordtatbestandsaufbau der kasuistischen Typisierung des ethischen Kriteriums, wenn auch ihre Merkmale nicht immer die von Stoss vorgeschlagenen sind. Jede Gesetzgebung hat durch andere Merkmale die besondere Verwerflichkeit des Mordes typisiert, so daß es keine Übertreibung wäre, wenn wir sagen würden, daß jede Gesetzgebung über ihren eigenen Mordbegriff verfügt. Im Grunde genommen

2! Stoss, Motive zu dem Vorentwurf von 1894, S.25.

3. Gleichlautend ist auch die Formulierung der anderen Stoss-Entwürfe. Siehe z. B. Art. 64 VEnt. 1908

aber haben alle die qualitative Zweiteilung der Vorsätzlichen Tötungen verlassen und eine quantitative Dreiteilung angenommen,¹ wobei sie den Tötungsgrundtatbestand negativ, den Privilegierungs- und den Qualifizierungstatbestand positiv bestimmen.²

Das treueste Abbild des Stoss-Entwurfes ist die deutsche Regelung, die durch eine strenge und abschließende Kasuistik und fast mit den gleichen Merkmalen den Mord beschreibt. In den folgenden kommen wir zu einem kurzen Überblick über die vier repräsentativsten Gesetzgebungen, die das Stoss-Model der abschließenden Kasuistik übernommen haben.

a. Italien

Durch eine ähnliche wie die Stoss'sche aber erweiterte Kasuistik beschreiben Art. 576 und 577 des italienischen StGB den Mord.³ Zu bemerken ist, daß das italienische StGB keinen terminus-technicus für den Mord hat, sondern seine Afzählung der schweren Tötungsfälle "erschwerende Umstände" (circostanze aggravanti) nennt.

Die italienische Regelung ist recht kasuistisch, und unter anderen Merkmalen hat sie auch das der Überlegung. So liegt Mord vor, wenn die Tötung zur Ausführung oder Verdeckung einer anderen Straftat, wegen irgendeines Gewinns oder durch einen Flüchtigen, um sich der Festnahme, einem Haftbefehl oder dem Strafantritt zu entziehen oder um sich die Mittel für den Lebensunterhalt während der Flucht zu verschaffen oder durch ein Mitglied einer Vereinigung zur Begehung von Verbrechen, das sich der Festnahme, einem Haftbefehl oder dem Strafantritt entziehen will, begangen wird. Weiter liegt Mord dann vor, wenn die Tat sich gegen einen Verwandten auf- und absteigender Linie richtet, sofern sie mit niedrigen Beweggründen oder mit Grausamkeit, mit Gift oder mit einem anderen hinterlistigen Mittel begangen wird oder wenn der Täter mit Vorbedacht gehandelt

-
1. Diese Idee der Dreiteilung hat Stoss von Krug übernommen. Siehe Krug, Ideen zu einer gemeinsamen Strafgesetzgebung für Deutschland, 1867, S.138
 2. Für die Alternativen des Tötungstabestandsaufbaus siehe Berner, Lehrbuch, S. 510, Welzel, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1974, S. 226.
 3. Für das italienische Recht siehe, Antolisei, Manuale di diritto penale, par. sp., S 41, Manzini, Trattato, Bd.8, S. 11, Saltelli-Romano di Falco, Bd. 4, S. 236ff., Pannain, I delitti contro la vita e l' incolumità individuale, 1965, Vannini, Delitti contro la vita, 1946, ders. Il delitto dell' omicidio, 1935

hat. Schließlich ist Mord auch die vorsätzliche Tötung, die während der Notzucht (Art.519), des Amtsmißbrauchs zur Ausübung des Geschlechtsverkehrs (Art.520) und der Nötigung zu unzüchtigen Handlungen (Art.521) begangen wird.

Art. 577 bestraft mit der gleichen Strafe die durch Gift oder andere hinterlistige Mitteln und die mit Grausamkeit, mit Vorbedacht und mit besonders niedrigen Beweggründen begangene Tötung, die nicht gegen Aszendenten und Deszendenten, sondern gegen irgendeinen Menschen verübt wird. Praktische Folgen hatte diese Unterscheidung der Art. 576 und 577 vor 1947, weil die Fälle des Art. 576 mit Tod und diejenigen des Art.577 mit lebenslangem Zuchthaus bestraft wurden. Nach der Abschaffung der Todesstrafe durch den Art. 27 Abs.3 der Verfassung von 1947 sind die Unterscheidungen zwischen Art.576 und 577 gegenstandslos, weil die Strafe für beide Fälle dieselbe, nämlich lebenslanges Zuchthaus, ist.⁴ Weiter droht Art. 577 für die vorsätzliche Tötung eine Zuchthausstrafe von vierundzwanzig bis dreißig Jahren an, wenn die Tat sich gegen den Gatten, die Geschwister, die Adoptiveltern, das Adoptivkind und Verschwägte in gerader Linie richtet.

Zu bemerken ist, daß das italienische StGB den Totschlag im engeren Sinne nicht kennt. Das ist konsequent bei seiner rein biologischen Auffassung der Zurechnungsfähigkeit. Nach Art. 90 haben Erregungs- oder Gemütszustände keinen Einfluß auf die Verminderung oder den Ausschluß der Zurechnungsfähigkeit.⁵ Das Handeln im Zorn, hervorgerufen durch das unrechte Tun eines anderen, wird von Art. 62 Nr.2 als allgemeiner für alle Verbrechen mildernder Umstand anerkannt.

b. Spanien

Auf den Vorbedacht verzichtet auch das spanische StGB nicht. So enthält es neben den anderen Mordmerkmalen, heimtückisch, gegen Entgelt, durch Überschwemmung, Brandstiftung, Gift und Sprengstoff und mit besonderer Grausamkeit, im Art.406 auch den "ersichtlichen Vorbedacht". Als ein Sonderverbrechen behandelt Art. 405 den Verwandten-

4. Antolisei, a.a.O., S. 42, Manzini, a.a.O. S. 33

5. Wie wir weiter unten, an der passenden Stelle erklären ist die Verbindung des Affekttotschlags mit der verminderten Schuldfähigkeit ein Mißverständnis. Siehe unten S. 124

mord.⁶

c. Portugal

Auf ähnliche Weise verzichtet auch das portugiesische StGB nicht auf die Bezeichnung der besonders verwerflichen Tötungen durch das psychologische Merkmal. Das portugiesische StGB kennt zwar die Begriffe Mord und Totschlag nicht, unterscheidet jedoch durch Art. 349 und 351 zwischen einfacher und schwerer vorsätzlicher Tötungen und gestaltet im Art. 333 die mit Überlegung begangene Tötung, die Verbindung mit einem anderen schweren Verbrechen sowie auch den Giftmord als *delicti sui generis*.⁷

d. Holland

Schließlich enthält das niederländische StGB im Art. 287 einen Grundtatbestand, den es Totschlag nennt und den es mit Freiheitsstrafe bis zu fünfzehn Jahren bestraft, und einen qualifizierten Tatbestand, der für die von ihm beschriebenen Erschwerungsgründe Freiheitsstrafe bis zu zwanzig Jahren oder lebenslange Freiheitsstrafe androht. Neben den anderen Erschwerungsgründen: Tötung vor, bei oder nach einer Straftat, um ihre Ausführung vorzubereiten oder zu erleichtern oder bei der Entdeckung auf frischer Tat, um sich selbst oder einem anderen Beteiligten die Straflosigkeit oder den Besitz des rechtswidrig zu sichern, nennt Art. 288 auch den Vorbedacht.⁸

9. Das ethische Kriterium in der Kritik

Für die Qualifizierung der Tötung als Mord durch das ethische Kriterium interessiert die vom Vorsatz quantitativ stärkere und qualitativ verschiedene intellektuelle Tätigkeit der Überlegung nicht mehr, sondern es genügt, daß die vorsätzliche Tötung unter gewissen Umständen begangen wird, die nach den Vorstellungen der Gesellschaft

-
6. Devesa, Derecho penal español, parte especial, 1969, S. 35ff, 47ff, 54ff, Cuello Calón, Derecho penal, Bd. 2, Heft 2, 1967, S. 422, 450ff, 465, Quintano Ripollés, Tratado de la parte especial de derecho penal, Bd. 1, S. 49, 135ff, 209ff, Puig-Peña, Derecho penal, part. espec., Bd. 3, 1959, S. 384ff.
 7. Duarte Faveiro-Silva Araújo, Código penal português, 1968, S. 574ff, 581ff, Maia Concaves, Código penal português, 1968, S. 483f, 489f, Simoes Correia, Código penal português, 1938, S. 296, Taipa de Carvalho, Código penal, Código de processo penal, S. 148f.
 8. Pompe, in Das Ausländische Strafrecht der Gegenwart, Bd. 5, S 194f.

die besonders niedrige und verwerfliche Gesinnung des Täters offenbaren. Welche Umstände das sind, kann man nicht von vornherein sagen, da sie keine festen und unentbehrlichen Elemente des Mordbegriffes sind. Jede Gesetzgebung hat eine unterschiedliche Anzahl von Mordmerkmalen. Was wir für alle diese verschiedenartigen Umstände sagen können, ist, daß sie dem Mord eine ethische Färbung verleihen und nach den Schätzungen des Gesetzgebers ihn als eine moralisch besonders schlechte und verabscheuenswerte Tat¹ und den Täter als eine für die Gesellschaft besonders gefährliche Persönlichkeit bezeichnen.² Letzten Endes ist auch die als psychologisches Merkmal bezeichnete Überlegung ein ethisches Merkmal, weil auch die kaltblütige Abwägung und Entscheidung eine niedrige und besonders verwerfliche Gesinnung offenbart.

Auch diese ethische Qualifizierung des Mordes ist nicht fehlerfrei. Durch sie werden die Probleme, die aus der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag folgen, nur teilweise gelöst, während andere sich erheben.³ Zunächst sind die deskriptiven und beim ersten Anblick⁴ äußeren Tatmerkmale nur scheinbar einfach, in Wirklichkeit aber "oft spröde Begriffe".⁵ Das ergibt sich aus der Auseinandersetzung über ihre Natur und über ihre Beziehung zu den mildereren Totschlagsfällen und aus der besonderen Erörterung der Teilnahme an vorsätzlichen Tötungsdelikten.⁶

Dogmatisch ist die Behandlung des ethischen Kriteriums in der Gesetzgebung widersprüchlich, denn sie kann keine vollständige und erschöpfende Regelung, die alle schweren und besonders verwerflichen Tötungen einschließt, leisten. Man kann nicht behaupten, daß nur die im Gesetz beschriebenen Tötungsweisen besonders verwerflich seien oder daß der Gesetzgeber von dem Kreis der besonders schweren Tötungen nur diese für besonders verwerflich halte. Keine Gesetzgebung

1. Vgl. Binder, Der juristische und psychiatrische Maßstab bei der Beurteilung der Tötungsdelikte, in SchwZStW, 67, S. 307.

2. Schönke-Schröder, S. 1247.

3. Ullrich, Natur und Tragweite der Mordmerkmale, Diss. München, 1959, S. 7.

4. Schönke-Schröder, S. 1248.

5. Jagusch, in SJZ, 1949, S. 324.

6. Class, Zum Verhältnis des § 211 zum § 50 StGB, in NJW, 1949, S. 83, Hall, Über die Teilnahme am Mord und Totschlag, in Eb. SchmidtFest., 1961, S. 343, Hardwig, Zur Systematik der Tötungsdelikte, in GA, 1954, S. 257, Jakobs, Niedrige Beweggründe beim Mord und die besonderen persönlichen Merkmale in § 50 Abs. 2, 3 StGB, in NJW, 1969, S. 489, Lange, Die Schuld des Teilnehmers insbesondere bei Tötungs- und Wirtschaftsverbrechen, in JR, 1949, S. 165, Schröder, Zur Teilnahme

erschöpft in ihrer Typisierung den Mordbegriff, sondern jede bietet nur einen Teilaspekt der besonders verwerflichen Tötungen. In dieser Hinsicht gilt der Einwand, der ebenso gegen das psychologische Merkmal aufgestellt worden ist, daß auch das ethische Kriterium den ganzen Kreis der schweren Tötungen nicht ausschöpfen kann.

Allerdings ist es eine sehr streitige Frage, welche Merkmale eine Tötung zur besonders verwerflichen qualifizieren.⁷ Was die einen für besonders verwerflich halten, halten die anderen nicht für verwerflich, und was für die eine Gesetzgebung Mord ist, ist für die andere keiner. Diese Unzulänglichkeit wird durch die Tatsache bewiesen, daß von Zeit zu Zeit vorgeschlagen wird, auch andere Tötungsfälle, wie z.B. die Tötung eines Beamten im Amt oder wegen seines Amtes oder der Rückfall bei Tötungsdelikten oder die Idealkonkurrenz von Tötungsdelikten u.a. unter dem Mordbegriff zu fassen.⁸

Ein weiterer Einwand gegen das ethische Kriterium ist der Streit um die individuelle Strafzumessung. Da die Mordmerkmale eine besonders verwerfliche Gesinnung bezeichnen, machen einige Autoren geltend, daß selbst wenn diese Merkmale verwirklicht werden, noch die besondere Verwerflichkeit für die Besurteilung wegen Mordes geprüft werden müsse. Anderfalls werde der Prozeß unter Berücksichtigung der absoluten Mordesstrafe zu einer mechanischen Gesetzesanwendung degradiert, was mit den Prinzipien des Schuldstrafrechts völlig unvereinbar sei.

10. Bemühungen zur Überwindung der Mängel

Die Feststellung der Mängel, und nicht zuletzt der Mangel der Strafzumessung, die sich auch bei der ethischen Kennzeichnung des Mordes ergeben, haben einige Gesetzgebungen dazu geführt, die Mordqualifikation als eine deutliche Strafzumessungsformel zu gestalten und den Mordtatbestand durch beispielhafte Kasuistik oder durch eine generelle normative Begriff zu beschreiben. Drei sind die europäischen Gesetzgebungen, die eine solche Regelung übernommen haben und

an Tötungsdelikten, in NJW, 1952, S. 649, v. Weber, Teilnahme an Mord und Totschlag, in MDR, 1952, S. 265, Welzel, Zur Systematik der Tötungsdelikte, in JZ, 1952, S. 72 und in den Abhandlungen, S. 265

7. Siol, a.a.O. S. 1

8. Siehe unten,

deren Regelung wir in den folgenden prüfen.

a. Norwegen₁

Das norwegische StGB kombiniert bei seiner Mordbeschreibung benannte und unbenannte Strafschärfungsgründe, so daß seine Aufzählung keine abschließend, sondern beispielhaft ist, deren Anwendung und zwar sowohl die Einschränkung als auch die Ausdehnung, je nach den Besonderheiten des konkreten Falls im freien Ermessen des Richters liegt. So qualifiziert § 233 Abs.2 des norwegischen StGB eine vorsätzliche Tötung zum Mord, wenn sie mit Überlegung, mit der Absicht, ein Verbrechen zu erleichtern oder zu verheimlichen, oder sich der Strafe zu entziehen, im Rückfall oder unter sonst besonders erschwerenden Umstände begangen wird.

b. U.D.S.S.R.₂

Das norwegische Modell der analogisch ausdehn- und einschränkba-
ren Kasuistik wurde auch von der sowjetischen Gesetzgebung übernom-
men. Die mannigfache komplizierte Kasuistik des Art. 102 des sowje-
tischen StGB ist aber die ausführlichste aller Strafgesetzgebungen,
die dem Stossen Vorbild gefolgt sind; sie kennt Fälle, wie die Tö-
tung aus Blutrache und die durch einen besonders gefährlichen Rück-
fälligen begangene Tötung, die sich nicht auf die Verwerflichkeit,
sondern auf die Gefährlichkeit des Täters beziehen, und sogar Fälle
die weder zur Verwerflichkeit noch zur Gefährlichkeit in Beziehung
stehen, wie die Tötung bei oder wegen der Erfüllung einer Amtspflicht
oder einer gesellschaftlichen Pflicht durch den Getöteten, und die Tö-
tung einer Frau, die, wie dem Schuldigen bekannt war, sich in Schwan-
gerschaftszustand befand. Zu bemerken ist, daß die sowjetische Straf-
gesetzgebung, die sonst sehr streng ist und die Todesstrafe sehr
häufig bei anderen Gesetzesverstößen androht, im Bereich der vorsätz-
lichen Tötung erstaunlich mild ist. Der Mord wird mit Freiheits-

-
1. Für das norwegische Strafrecht siehe Andenaes, Av straffreltens specielle del, 1964 S. 14, ders. in Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, Bd. 4, S. 370.
 2. Für das sowjetische Strafrecht siehe, Fundamentals of Soviet Criminal Legislation. Official Texts and Commentaries, Moskau, 1960, S. 410, Sargorodskij-Bel-
jaev, Kommentar zum Strafgesetzbuch der U.D.S.S.R. (auf russisch), 1962, S. 350

strafe von acht bis zu fünfzehn Jahren mit oder ohne Verbannung oder ausnahmsweise mit Todesstrafe bestraft. Der Totschlag (Art. 103) wird mit Freiheitsstrafe von drei bis zu zehn Jahren und der Affekttotschlag mit Freiheitsstrafe von einem bis zu fünf Jahren oder mit Besserungsarbeit bis zu einem Jahr (Art. 104) bestraft.

c. Die Schweiz₃

Der mutigste, aber auch der einwandfreieste Schritt in der Richtung der Gestaltung des Mordtatbestandes als Strafzumessungsformel ist die Regelung des schweizerischen StGB. Der schweizerische Gesetzgeber hat gut verstanden, worüber andere Gesetzgebungen nicht deutlich sprechen, daß die Bestimmung des Grundtatbestandes bei Delikten, die die Begehungsweise gemeinsam haben, der Kernpunkt der Gesetzestechnik ist,⁴ weil die Feststellung des Bezugspunktes zwischen den einzelnen Tatbeständen, in die ein Verbrechen sich auflöst, davon abhängt.⁵ So wurde die umstrittene und zweideutige Kasuistik der schweren und milderen Fälle der Stoss-Entwürfe im letzten Stadium der schweizerischen Reformarbeiten zugunsten eines allgemeinen Merkmals endgültig verlassen.⁶

Art. 11 enthält den Grundtatbestand, den der schweizerische Gesetzgeber vorsätzliche Tötung nennt und den er negativ beschreibt.⁷ Nach Art. 112 treten als Mordmerkmale die besonders verwerfliche Gesinnung oder die besondere Gefährlichkeit des Täters hinzu, die sich in den Umständen, unter denen die Tat begangen wurde, oder in der Überlegung, mit der die Tat ausgeführt wurde, offenbaren müssen. Jedoch ist der Einfluß der Stosschen Kasuistik auf den Versuch der Rechtsprechung, durch die allgemeinen Strafzumessungsregeln die besondere Verwerflichkeit der Gesinnung und die besondere Gefährlichkeit des Täters zu messen, augenscheinlich.⁸

-
3. Haefter, Schweizerisches Strafrecht, BT, 1, S. 11, Graven, Le système de la répression de l' homicide en droit suisse, in Revintdrpén, Bd. 31, S. 353ff, ders. La répression de l' homicide en droit suisse, in Revscrim, nouv. série, 21, S. 233ff, Logoz, Commentaire du code pénal suisse, Part. spec., Bd. 1, 1955, S. 13f Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, BT, Bd. 1, S. 19ff, Thormann-Overbeck Das schweizerische StGB, Bd. 2, S. 9ff. Auch Cornaz, Vorsätzliche Tötung, Mord Totschlag, in Schweizerische Juristische Kartothek, Nr. 221.
 4. Vgl. Sax, in ZStW, 64, S. 394.
 5. Sax, in ZStW, 64, S. 398. Vgl. Maurach, in Materialien, Bd. 1, S. 249
 6. Für die Unzufriedenheit mit der Kasuistik siehe Thormann-Overbeck, Bd. 2, S. 10
 7. Stratenwerth, BT, Bd. 1, S. 21
 8. Stratenwerth, BT, Bd. 1, S. 23ff

Der Totschlag findet in Art. 113 seinen ursprünglichen Sinn wieder. Totschlag ist also nach dem schweizerischen Strafrecht die unter einer nach den Umständen entschuldbaren Gemütsregung begangene vorsätzliche Tötung.

Im Rahmen der Reformtendenzen ist diese Regelung des schweizerischen StGB die systematischere und die folgerichhtigere. Sie gestaltet die Mordmerkmale, wie auch die Totschlagsmerkmale, als rein persönliche, und sie erleichtert die Arbeit des Richters, weil sie praktisch auf die Strafzumessung hinausläuft. Deshalb ergeben sich keine weitere Probleme, wie z.B. bei der Teilnahme an Tötungsdelikten oder bei der Frage, ob die einzelnen Tatbestände im Exklusivitätsverhältnis stehen oder nicht.

11. Die Preisgabe der Unterscheidung zwischen Mord und Tot-

schlag und der Vorschlag einer einheitlichen Formulierung

Unter dem Einfluß des dauernden Streits über ein allgemein angenommenes Unterscheidungskriterium und der festgestellten Untauglichkeit jeder Regelung für eine klare Begriffsbestimmung und Tatbestandsabgrenzung, verzichtet eine andere Reformtendenz darauf, zwischen normaler und schwerer vorsätzlicher Tötung a priori begrifflich zu unterscheiden. Aus dem Mißerfolg aller Versuche, einen klaren Mordtypus zu finden und ihn von der gemeinen vorsätzlichen Tötung deutlich zu trennen, zieht diese Richtung die Folgerung, daß die begriffliche Unterscheidung zwischen Mord und gemeiner vorsätzlicher Tötung künstlich und niemals befriedigend durchführbar ist.

Der konsequenter Schluß dieser Richtung ist, daß, da es einen allgemeinen und festen Mordbegriff nicht gibt, die Formulierung eines einheitlichen Tatbestandes der vorsätzlichen Tötung der Natur der Sache entspricht, so daß alle Tötungen, die nicht die Merkmale des Affekttotschlags tragen, für schwerere gehalten werden sollen. Wie die Höhe der Strafe bei Tötungen, die mehr oder weniger verwerflich und abscheulich sind, bestimmt werden könnte, ist danach eine Sache der richterlichen Strafzumessung, wie bei allen anderen Verbrechen.²

-
1. Schönke-Schröder, S. 1248, Arzt, Gekreuzte Mordmerkmale?, in JZ, 1973, S. 681, Hardwig, Zur Systematik der Tötungsdelikte, in GA, 1954, S. 258
 2. Vgl. Amtliche Begründung des Ent. 1927, S. 57f.

Letzten Endes spielt die Beurteilung des Richters für die Subsumtion eines Falles unter den Mord- oder den Totschlagstatbestand die wichtigste Rolle,³ so daß die gesetzliche Unterscheidung fast unbrauchbar und nutzlos ist. Als einziges Verdienst der Unterscheidung erkennt diese Ansicht nur die Sorge des Gesetzgebers an, die strenge Voraussetzungen für die richterliche Verhängung der höchsten Strafe zu schaffen.⁴

Schon im vorigen Jahrhundert bezeichnete v. Holzendorf⁵ exakt das Dilemma: entweder sei die Unterscheidung, da die Verhängung der schwersten Strafe von ihr abhängig sei, wichtig, dann müsse sie auch bei den anderen, wenigstens bei den schwereren Verbrechen eingeführt werden; oder sie sei nicht fundamental, sondern eine willkürliche Singularität der vorsätzlichen Tötung; dann müsse sie abgeschafft werden.

Was die erste Frage betrifft, sagt v. Holzendorf, daß die Unterscheidung bei den anderen Verbrechen überflüssig sei, weil der Richter sich in einem relativ bestimmten Strafraum bewege; warum könne dann ein relativer Strafraum nicht auch für die vorsätzliche Tötung eingeführt werden?

Was die zweite Frage betrifft, sagt er, daß die Unterscheidung nur aus der Bemühung des Gesetzgebers um Bestimmtheit erklärt werden könne. Aber dann wäre es systematisch angemessener und einfacher, wenn die zugehörige Vorschrift folgendermaßen gestaltet würde: "Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird wegen Mordes mit lebenslangen Freiheitsstrafe bestraft. In minder schweren Fällen tritt an die Stelle der lebenslangen Freiheitsstrafe Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Freiheitsstrafe nicht unter sechs Monate ein".⁶

Franz v. Liszt hält in einer ausführlichen Arbeit zu diesem Thema⁷ für den einzigen Grund der Unterscheidung die Androhung der höchsten absoluten Strafe,⁸ zu seiner Zeit der Todesstrafe. Zuerst wendet er sich gegen alle absolut bestimmten Strafen, die immer zu vermeiden seien,

3. v. Holzendorf, a.a.O., S 251, 254

4. Arzt, in ZStW, 83, S. 11

5. v. Holzendorf, a.a.O. S. 253

6. v. Holzendorf, a.a.O., S. 254

7. V. Liszt, in VD, Bd. 5, 1905

8. v. Liszt, a.a.O., S 70

wiel sie zwecklos und im höchsten Grad ungerecht seien.⁹ Die kriminalpolitischen Ziele der Zweckstrafe könnten mit der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag, wenigstens wie sie bislang durchgeführt wird, nicht erreicht werden. Aber neben diesem kriminalpolitischen Mangel sei die Unterscheidung auch aus rechtsdogmatischer und gesetzestechnischer Sicht gescheitert. Rechtsdogmatisch, weil der Gesetzgeber keinen festen und lückenlosen Mordbegriff gefunden habe, außerdem aber auch deswegen, weil seine Kriterien, und zwar sowohl die Überlegung als auch die anderen ethischen Merkmale, nur unüberwindliche Probleme, theoretische sowie auch praktische, mit sich gebracht hätten.¹⁰ v. Liszt bezeichnet die Überlegung als "geistige Rumpelkammer", für deren Mißerfolg die langjährige Erfahrung der der Lehre und der Praxis der beste Beweis sei.

Es bleibt nun, wenn man die Unterscheidung durchführen will, nichts anderes, als die Alternative zu prüfen, die Stoss in seinen Entwürfen vorgeschlagen hat. v. Liszt übt aber auch am Stossschen Modell scharfe Kritik. Zuerst, sagt er, sei die Kasuistik immer eine nicht nur lückenhafte Regelung, sondern sie verrate auch die Verlegenheit des Gesetzgebers, eine deutliche Begriffsbestimmung zu geben. Zweitens seien die Merkmale dieser abschließenden Kasuistik, deren Verwirklichung immer die Verurteilung wegen Mordes nach sich zieht, widersprüchlich, weil sie weder die Fälle der schwereren Tötungen erschöpfen, noch ihr konkretes Vorhandensein ohne weiters eine Tötung als schwere indizieren können.¹¹ Also sei es auch Stoss nicht gelungen, einen tadellosen und widerspruchsfreien Mordbegriff zu finden.

Worauf ist aber dieser Mißerfolg zurückzuführen? v. Liszt sagt, es gebe im Volksbewußtsein keinen allgemein anerkannten Mord- und Totschlagsbegriff und damit keine feste Trennungslinie zwischen ihnen. Zwar nenne man die schwereren Tötungsfälle Mord. Diese Bezeichnung aber beruhe auf dem Gefühl und deshalb erfolge sie nicht auf Grund allgemeiner und abstrakter Kriterien, sondern auf Grund der konkreten Tatumstände.¹² Wenn es sich nicht so verhielte, könnte

9. v. Liszt, a.a.O., S. 26

10. v. Liszt, a.a.O., S. 67

11. v. Liszt, a.a.O., S. 67

12. v. Liszt, a.a.O., S. 69

der Mordbegriff einheitlich und lückenlos bestimmt werden¹³ und würden seine Merkmale nicht je nach Gesetzgebung variieren. Außerdem sei eine Gegenüberstellung der Begriffe Mord (=schwere Tötung) und Totschlag (=minder schwere Tötung) falsch und trügerisch, weil beide nicht in einem Alternativverhältnis stehen, so daß sie alle Tötungsfälle ausschöpfen, sondern es gebe Tötungen, die weder Mord noch Totschlag seien und in der Mitte zwischen beiden stünden.¹⁴ Unter Gesetzgebungen, die eine solche Dreiteilung der vorsätzlichen Tötungen nicht kennen, werde diese zu Unrecht mit der absoluten Mordstrafe oder mit der leichten Strafe der Affekttötung bestraft.

Die genannten Einwände führen zu der Frage, ob die Begriffe des Mordes und des Totschlags und die Unterscheidung zwischen ihnen, erhalten oder aufgegeben werden solle. v. Liszt kommt nach Vergleich der verschiedenen Gesetzgebungen und Entwürfe seiner Zeit zu folgenden Schlüssen und Reformvorschlägen:

- 1) Alle Bemühungen um eine sachliche und begriffliche Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag sind mißglückt.
- 2) Das golt sowohl für die Kriterien der Überlegung und der heftigen Gemütsregung als auch für die kasuistische Aufzählung einiger Merkmale, die das Gesetz für erschwerende hält.
- 3) Deshalb bleibt nur die Möglichkeit der Gestaltung einer einheitlichen Vorschrift mit weitem Strafraumen übrig, die alle Fälle des Gattungsbegriffes "vorsätzliche Tötung" enthält.¹⁵ Nur so kann der Richter nach Bewertung jedes konkreten Tötungsfalles die treffende Strafe bilden. Der Gesetzgeber kann auch innerhalb dieses Strafraumes ein höheres Strafmindestmaß für schwerere Fälle und ein niedriges Strafhöchstmaß für leichtere Fälle anordnen. Ob man nun die ersten Mord und die zweiten Totschlag nennt, das ist eine rein terminologische Frage, die aber mit der Sache nichts zu tun hat. v. Liszt vermeidet aber diese Begriffe, die zu dem Mißverständnis führen können, Mord und Totschlag seien zwei verschiedene Verbrechen, während es sich um dasselbe Verbrechen mit bloßer Strafabstufung handelt.¹⁶

13. v. Liszt, a.a.O., S. 69

14. v. Liszt, a.a.O., S. 68f. Vgl. schon Krug, Ideen zu einer gemeinsamen Strafgesetzgebung für Deutschland, 1867, S. 138.

15. v. Liszt, a.a.O., S. 72.

16. v. Liszt, a.a.O., S. 78.

Daher schlägt v. Liszt vor, daß, wenn das Gesetz auch in Zukunft Unterscheidungen zwischen verschiedenen Fällen der vorsätzlichen Tötungen machen wolle, diese nur als Strafzumessungshinweise, gestaltet werden sollten.

12. Gesetzgebungen, die eine einheitliche Formulierung verwenden

Die Lisztsche Ansicht hat keine große Resonanz gefunden und hat so mit dem Stosschen Modell nicht konkurrieren können. Heute noch wird sie mißverstanden und falsch ausgelegt. Es ist in der Tat recht hart, alle Tötungen, die nicht im Affektzustand begangen werden, derselben Regelung zu unterstellen, um so mehr, weil die meisten Gesetzgebungen im Bereich der vorsätzlichen Tötung nicht dazu bereit sind, auf die Androhung der absolut bestimmten höchsten Strafe zu verzichten. Verzichtet man allerdings auf eine solche Bestrafung und ordnet nicht absolut, sondern alternativ und nur für höchst außerordentliche Fälle die lebenslange Freiheitsstrafe an und läßt man diese Fälle durch allgemeine Strafzumessungsregeln zu bestimmen, so ist diese Lösung billiger als eine starre Kasuistik; auf jeden Fall dient sie der Rechtssicherheit besser als eine dehnbare Kasuistik, die die absolute höchste Strafe als ordentliche Strafe für eine große Menge von Fällen vorsieht.

Bis zu den dreißiger Jahren wurde diese einheitliche Regelung nur von dem österreichischen Vorentwurf von 1912 und von dem von Radbruch verfaßten Entwurf von 1922, dessen Tötungsregelung der Entwurf von 1925 nicht geändert hatte, übernommen. §§ 218 und 219 des Ent. 1922 und §§ 221 und 222 des Ent. 1925¹ hatten nur einen Grundtatbestand, den Mord, (Wer einen anderen vorsätzlich tötet...) und eine Privilegierung, den Totschlag. (Wer sich durch Jähzorn oder entschuldbaren Gemütsregung zur Tötung eines anderen hinreißen läßt...). Und wie die Begründung des Ent. 1925 bemerkt,² gelingt es der negativen Formulierung des Tatbetsandes, alle besonders verwerflichen Tötungen zu erfassen. Zum ersten Mal erscheint diese Regelung als geltendes Recht in Art. 327 des dani-

1. Siehe Radbruchs Ent. 1922, JCB Mohr Verlag, 1952.

2. Siehe Amtlicher Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches: Begründung, 1925, S. 116.

schen StGB von 1930, dem auch Art. 225 des polnischen StGB von 1932 folgt. Dieselbe Regelung übernahmen auch die geltenden StGBücher von Dänemark, Art. 211, und von Polen, Art. 125§1.³

Der repräsentativste Typ dieser Regelung ist aber § 75 des österreichischen StGB, der jede vorsätzliche Tötung mit Hilfe einer sehr einfacher Formel⁴ alternativ mit Freiheitsstrafe von zehn bis zwanzig Jahren oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft. §76 bestraft weiter mit Freiheitsstrafe von fünf bis zehn Jahren als Totschlag jede unter einer allgemein verständlichen Gemütsregung begangene Tötung. Eine ähnliche Regelung haben auch die Art. 1-2 des 3. Kapitels des schwedischen StGB von 1962.⁵

Auch das griechische StGB von 1951 unterscheidet terminologisch nicht zwischen Mord und Totschlag.⁶ Unter dem Titel "vorsätzliche Tötung" bestraft Art. 299§1 alternativ mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder mit Todesstrafe jede vorsätzliche Tötung. Voraussetzung für die Verhängung der Todesstrafe ist nach der allgemeinen Regel des Art. 86 die besondere Abscheulichkeit der Tat oder die besondere Gefährlichkeit des Täters. Dies ist aber eine allgemeine Regelung, die für alle Verbrechen mit einer solchen alternativen Strafdrohung gilt. Hinweise für eine Konkretisierung der Kriterien des Art. 86 sind die allgemeinen Strafzumessungsregeln des Art. 79. Die Verhängung der Todesstrafe ist immer fakultativ und nicht obligatorisch, selbst wenn die Voraussetzungen des Art. 86 vorliegen. § 2 desselben Art.299 bestraft mit Freiheitsstrafe von fünf bis zum zwanzig Jahren die in auffallender Gemütsregung begangene Tötung.

Die Regelung des griechischen StGB ist, obwohl sie, wie allerdings die Regelung aller Gesetzgebungen dieser Gruppe, in dogmatischer und systematischer Sicht keine besonderen Probleme aufwirft, in ihrer Strafdrohungen sehr hart und nicht zu billigen. Sie enthält alle Unzulänglichkeiten der absoluten Strafe und hat deren An-

3. Für das dänische Recht, siehe Hurwitz, Kriminalret. Speciel del, 1969, S. 7, Markus, in Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, Bd. 1, S 171. Für das polnische siehe Sievierski, Kodex karny. Komentarz, 1965, S. 280ff.

4. "Wer einen anderen vorsätzlich tötet, wird mit.....bestraft".

5. Für das schwedische Recht siehe, Agge-Thornstedt, in Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, Bd. 5, S. 339, Lambert, Le droit pénal de pays scandinaves, 1969, S. 70.

6. Für das griechische Recht, siehe, in deutscher Sprache: Gafos, in Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, Bd.3, S.374. In griechischer Sprache: Androu-

wendungsbereich übermäßig erweitert,⁷ sie bedroht zudem den Affekttotschlag mit der Strafe, mit der andere Gesetzgebungen die gemeine vorsätzliche Tötung bestrafen. Es scheint, daß der griechische Strafgesetzgeber sich im Bereich der Tötungsdelikte ausschließlich von generalpräventiven Gründen hätte beeinflussen lassen.

Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist auch, daß das dänische StGB keine besondere Regelung des Affekttotschlags kennt, so daß es dem Richter für die Bestrafung der vorsätzlichen Tötung einen sehr weiten Strafraum von zwei Jahren bis zur lebenslangen Freiheitsstrafe zur Verfügung stellt.⁸

13. Das englische Strafrecht

Obwohl das englische Strafrecht zu dem Kreis jener Gesetzgebungen gehört, die die einheitliche Formulierung übernommen haben, halten wir es für besser, seine Regelung gesondert darzustellen, weil es außerhalb der kontinentalen juristischen Denkkategorien steht. Außerdem ist die englische Strafgesetzgebung Ende der fünfziger und Anfang der sechziger Jahre in ein Abenteuer geraten, das für die Problematik der begrifflichen Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag sehr charakteristisch ist.

Vor 1957 unterschied das englische Strafrecht zwischen "murder" und "manslaughter", Begriffe, die zwar wörtlich mit Mord und Totschlag übersetzt werden, inhaltlich aber, besonders der Begriff manslaughter, nicht genau dem deutschen Sinne entsprechen. Murder war jede mit "malice aforethought" begangene Tötung. Wörtlich übersetzt bedeutet malice aforethought etwa böse Vorbedacht. Juristisch-technisch hat aber malice aforethought mit dem Vorbedacht und der Überlegung nichts zu tun, sondern entspricht dem Vorsatz.¹ Das englische

lakis, Strafrecht, BT, Haft 1, 1974, S. 39, Bouropoulos, Kommentar zum StGB, Bd. 2, 1960, S. 461, Gafos, Strafrecht, BT, Heft 4., S. 13ff, ders., Die Schwere Tötung und das neue StGB, in Poinika Chronika, 1951, S. 71ff, Karanikas, Handbuch des Strafrechts, Bd. 2, S. 508ff.

7. Siehe Androulakis, a.a.O., S. 44ff.

8. Eine ähnliche Regelung hat auch das italienische StGB, derer Strafraum aber viel enger ist.

1. Beck, Die vorsätzliche Tötung im englischen Strafrecht, 1965, S. 2, 35, Fitzgerald, Criminal Law and Punishment, 1962, S. 30ff. Siehe auch Archbold, Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases, 1959, S. 943. Allerdings ist das englische Wort für den Vorbedacht premeditation oder deliberation. So nicht zutreffend Blei, BT, S. 9.

Straferecht hat keinen allgemeinen terminus technicus für den Vor-
satz entwickelt. Die Begriffe malice aforethought, maliciously, frau-
delently and intentionally werden von der Gesetzgebung abwechselnd
angewandt. Im Bereich der vorsätzlichen Tötung bedeutet malice afor-
thought die Absicht zu töten, eine schwere Körperverletzung, die je-
doch tödlichen Ausgang hat, ohne daß der Täter den tödlichen Erfolg
zu beabsichtigen braucht; die Beharrlichkeit des Täters seine außer-
strafrechtliches Ziel, trotz des von ihm vorausgesehenen tödlichen
Ausgangs seines Handelns, zu erreichen² oder, wie der Fall Smith
zeigt, eine eigenartige Auffassung der bewußten Fahrlässigkeit, wenn
die Tötung durch eine rechtswidrige Tat herbeigeführt wird.³ So war
murder die gemeine vorsätzliche Tötung, die ausnahmslos mit der To-
desstrafe bedroht wurde.

Um die Verhängung der Todesstrafe zu beschränken, hat der Homici-
de Act von 1957⁴ durch kasuistische Aufzählung einiger Fälle den "ca-
pital murder", den sie mit Todesstrafe bedrohte, von des "simple mur-
der" unterschieden. Capital murder lag nun vor, wenn die Tötung bei
der Ausführung oder zur Förderung eines Diebstahls, durch Explosion,
durch Widerstand gegen eine Festnahme oder zur Flucht des Festgenom-
menen oder Gefangenen gegen einen Polizisten im Amt oder gegen eine
Person, die dem Polizisten in seiner Pflichterfüllung Hilfe leistet,
oder von einem Gefangenen gegen einen Gefängnisbeamten begangen wird.
Die Todesstrafe wurde auch für den Rückfall bei Tötungsdelikten ver-
hängt, unter der Voraussetzung, daß auch die andere Tötung in Groß-
britannien begangen worden war.⁵

Diese Regelung, ein Kompromiß zur Erhaltung der Todesstrafe, wurde
so scharf kritisiert, daß der Murder (Abolition of Death Penalty) Act
von 1965 sie mit der Todesstrafe abschaffte. So ist murder heute,
wie vor 1957, die gemeine vorsätzliche Tötung, deren Strafe aber

-
22. Intention to kill or cause grievous bodily harm or foreseeing death or grie-
vously bodily harm. Harris's, Criminal Law, 1968, S. 391. Nach der englischen
Vorsatztheorie des mens rea erfüllt auch unser Begriff des begingten Vorsatzes
die Voraussetzungen des malice aforethought. Siehe Fitzgerald, a.a.O., S. 114.
3. Für Präzedenzfälle, die im englischen Recht eine wichtige Rolle spielen, El-
liot-Wood, A Casebook on Criminal Law, 1969. Die besonders interessanten Fäl-
le Vickers (1957) und Smith (1962) sind in den S. 254ff und 267. Für den Fall
Smith auch Glanville Williams, Constructiv Malice Revived, in Modern Law Re-
vue, 1960, S. 605
4. Für den Homicide Act, siehe Beck, a.a.O., S. 95ff, Hollis, The Homicide Act,
1964.
5. Die Begründung dieser Regelung ist nicht einheitlich. Siehe Fitzgerald, a.a.O.,
S. 34

absolut die lebenslange Freiheitsstrafe ist. Insofern unterscheidet das englische Strafrecht zwischen gemeiner und schwererer vorsätzlicher Tötung nicht und formuliert den Tatbestand der gemeinen vorsätzlichen Tötung negativ durch die positive Bestimmung des manslaughter.

Manslaughter ist nicht nur die im provozierten Affekt begangene Tötung, sondern auch die Tötung mit verminderten Schuldfähigkeit, der vereinbarte gegenseitige Selbstmord für den Überlebenden, sowie auch die fahrlässige Tötung.⁶ Für den manslaughter hat der Richter einen sehr weiten Strafraumen, von einem Tag bis zu lebenslangen Freiheitsstrafe zur Verfügung.

Zu bemerken ist, daß das englische Strafrecht den Begriff der durch den Erfolg qualifizierten Delikte nicht kennt, so daß eine strafbare vorsätzliche Handlung mit tödlichem Ausgang unmittelbar unter murder, wenn der Täter eine schwere Körperverletzung beabsichtigte, sonst unter manslaughter subsumiert wird.

14. Die Entwicklung in Deutschland

Obwohl die Ansicht über die Unmöglichkeit einer erfolgreichen Durchführung der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag sehr früh durch die Arbeiten Liszts und Radbruchs eine kleine Resonanz gefunden hatte,¹ waren alle deutschen Entwürfe, außer dem Ent. 1925, nicht bereit auf die Unterscheidung, und zwar mit Hilfe des mißglückten und äußerst umstrittenen Merkmals der Überlegung, zu verzichten.

Anfang der dreißiger Jahre entwickelte sich eine Lehre, die unter dem Einfluß positivistischer Auffassungen versuchte, die Leitbilder des Täters der verschiedenen Verbrechen im Tatbestand zu erfassen und den Tatbestand so zu formulieren, als ob er nicht die Tat, sondern den repräsentativen Tätertyp des zugehörigen Verbrechens beschriebe.² Diese Lehre, die nur für eine restriktive Beschreibung

6. Für den manslaughter siehe Fitzgerald, a.a.O. S. 37f, Harris's, a.a.O., S. 339ff.

1. Schröder, in Materialien, Bd. 1, S. 284

2. Für diese sog. normative Tätertypenlehre siehe Baumann, S.110f, Mezger, Täterstrafe und Täterstrafe insbesondere im Kriegsstrafrecht, in ZStw, 60, S. 360, Schmidhäuser, S. 35. Der Ursprung dieser tatbestandlichen Tätertypenlehre ist auf die Schrift von Erik Wolff, Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit, 1931, zurückzuführen. Umfassende Darstellung siehe bei Dahm, Der Tätertyp im Strafrecht, 1940, S. 28ff. Hinreichende Darstellung der Theorie des normativen Tätertyps bei Frommel, Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des

und Auslegung des Tatbestandes brauchbar ist,³ hatte den Strafrechtsreformatoren des Nationalsozialismus das Leitmotiv gegeben, dessen erste Frucht die Reform der vorsätzlichen Tötungsdelikte war. So verließ die deutsche Strafrechtsreform seit dem Ent. 1936 das Merkmal der Überlegung und übernahm fast gleichlautend die Kasustik der Stos-Entwürfe.

In der Neugestaltung des Mordtatbestandes von 1941 versuchte der damalige Gesetzgeber tatbestandlich die Persönlichkeitsmerkmale des Mördertyps zu typisieren.⁴ Dazu hat er aber noch einmal die Merkmale der schweizerischen Entwürfe benutzt, die, obwohl es Persönlichkeitsmerkmale sind, wie wir weiter unten sehen werden, weit davon entfernt sind, einen Mördertyp zu bezeichnen. So haben Lehre und Praxis von Anfang an den neugestalteten § 211 StGB als Tatbestand und nicht als Beschreibung eines Tätertyps betrachtet.⁵ Der Mißerfolg der Reform war total.

Er ist darauf zurückzuführen, daß es in Wirklichkeit keinen normativen Täter- bzw. Mördertyp gibt.⁶ Die Lehre des normativen Tätertyps geht von der falschen positivistischen Annahme aus, daß die Menschen ihrem Typ nach in Gruppen eingeteilt werden können. Das ist aber ein ontologisches und erkenntnistheoretisches Vorurteil. Außerdem ist eine solche Einteilung nicht ohne Dogmatismus möglich. Denn jeder Mensch hat seine individuellen Eigentümlichkeiten und das menschliche Verhalten hat unzählbare Ausprägungen. In dieser Hinsicht ist der Mensch ein sozusagen atypisches Wesen⁷ und läßt sich

 tertyps bei Frommel, Die Bedeutung der Tätertypenlehre bei der Entstehung des § 211 StGB in Jahre 1941, in JZ, 1980, S. 560ff.

3. Bockelmann, in Materialien, Bd. 1, 1954, S. 29
4. Vgl. die vorsichtige Formulierung der amtlichen Begründung des Gesetzes vom 4. 9. 1941, in DJ, 41, S. 953, Woesner, Neuregelung der Tötungstatbestände, in NJW, 1980, S. 1136
5. Maurach, BT, S. 28
6. Kießling, Der politische Mord de lege ferenda, Diss. München, 1960, S. 39ff, Mezger, Kriminologie, 1951, S. 51, ders., in DR, 43, S. 290, Rieß, Zur Abgrenzung von Mord und Totschlag, in NJW, 1968, S. 629, Stock, Abgrenzung von Mord und Totschlag, in SJZ, 1947, S. 350f
7. Gehlen, Der Mensch, seine Natur und seine Stellung in der Welt, 1950, S. 17, 38, 73ff, Hengstenberg, Philosophische Anthropologie, 1957, S. 95, Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1977, S. 235ff, 246, Arth. Kaufmann, Rechtsphilosophie im Wandel, 1972, S. 21, 79, 125, 244, Landmann, Philosophische Anthropologie, 1955, S. 8ff, 225, ders., Der Mensch als Schöpfer und als Geschöpf der Kultur, 1961, S. 25, Marcic, Mensch, Recht, Kosmos, 1965, S. 28, Scheler, Die Stellung des Menschen im Kosmos, 1949, S. 38

nicht in die Allgemeinheit und Gleichförmigkeit eines Typus einordnen. Die Richtigkeit dieser Einsicht wird auch von der empirischen Kriminologie bestätigt.⁸ Sie hat bewiesen, daß es keinen normativen Täterttyp, Mörder-, Dieb-, Betrügertyp usw. gibt, und sie hat ihre Untersuchungen auf den sog. kriminologischen Tätertyp gerichtet, der aber mit den Tatbestandsmerkmalen nicht das geringste zu tun hat.⁹

b. Die Reformbewegung in der Nachkriegszeit

In der Nachkriegszeit hat diese Neuregelung viele Probleme gebracht. Zuerst wurde von der weitaus herrschenden Meinung anerkannt, daß die Verletzung des Rechtsguts des Lebens steigerungsunfähig ist und deshalb der Mordunwert auf sozialetischen Bewertungen beruht. Das rechtspolitische Leitbild des Mordes ist also die besonders verwerfliche Gesinnung des Täters.¹⁰ Dadurch aber hat sich die Frage einer restriktiven Auslegung des Mordtatbestandes erhoben, und zwar in der Weise, daß die Verurteilung wegen Mordes beim Vorliegen eines Mordmerkmals nur dann zulässig ist, wenn die Verwirklichung dieses Merkmals die besonders verwerfliche Gesinnung des Täters zum Ausdruck bringt; doch hat das in der Rechtsprechung keine Zustimmung gefunden.¹¹ Allerdings hat die neue Fassung des § 211 so viele interpretatorische Probleme aufgeworfen,¹² daß kein Strafrechtler für sie ein lobendes Wort gefunden hat.

Die Reformarbeiten der Nachkriegszeit haben im Bereich der vor-

-
8. Gummersbach, Mordmotive und "Motivmorde", in ArchfKrim, Bd. 96, S. 154, Mezger, Kriminologie, S. 37, Göppinger, Kriminologie, 1976, S. 119
 9. Baumann, S. 112, Mezger, Das Typenproblem in Kriminologie und Strafrecht, 1955, S. 9ff, Schmidhäuser, S. 184, Seelig-Weindler, Die Typen der Kriminellen, 1949, S. 19
 10. Engisch, Zum Begriff des Mordes, in GA, 1955, S. 161, Hartung, in, SJZ, 1949, S. 69, Sax, in ZStW, 64, S. 399 Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958, S. 196, Eb. Schmidt, in DRZ, 1949, S. 272ff, Welzel, S. 82. Siehe auch LK. S. 163. Dagegen Maurach-Schröder, BT, Teilbd. 1, S. 32, ders., Die Mordmerkmale aus der Sicht des § 50 StGB, in JuS, 1969, S. 252, Schwalm Zur Kasuistik der Mordmerkmale, in MDR, 58, S. 396, Stock, Abgrenzung von Mord und Totschlag, in SJZ, 1947, S. 30
 11. Siehe Busch, Über die vorsätzliche Tötung, in RittlerFest., 1957, S. 295, LK, S. 163, Schönke-Schröder, S. 1262, Eb. Schmidt, in DRZ, 1949, S. 242, Stratenwerth, Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale, in v. WeberFest., S. 171, Welzel, S. 273.
 12. Siehe oben S. 29, Fußnote 6. Weiter Hardwig, Zur Systematik der Tötungsdelikte, in GA, 1954, S. 257, Hasemmer, in JuS, 1971, S. 626, Rieß, in NJW, 1968, S. 628, Schaffstein, in H. MayerFest., S. 419, Schwalm, in MDR, 1957, S. 260

sätzlichen Tötung keine Neuerungen anbieten können. Die Verfasser der Entwürfe von 1960 und 1962 haben lediglich die Kasuistik des geltenden Rechts erweitert und den anderen Mordmerkmalen die Überlegung hinzugefügt. So ist § 135 Abs.2 beider Entwürfe eine Kombination der Nachteile der Kasuistik des geltenden Rechts mit allen Nachteilen und Unzulänglichkeiten der psychologischen Abgrenzung.

I. Arzt

Zu einer wirklichen Reform der Tötungsdelikte aber versucht die Lehre zu kommen. So wendet sich Arzt¹³ gegen eine Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag, weil er als einzigen Grund dafür das Vorhandensein einer höchsten absoluten Strafe sieht.¹⁴ Deshalb hält er die Spaltung in zwei Formen der vorsätzlichen Tötung für künstlich, weil nicht die lebenslange Freiheitsstrafe zur Bestrafung der schwereren Tötungen eingeführt worden ist, sondern umgekehrt die Gesetzgebung den schwereren Fall der Tötung eingeführt habe, um für die absolute Höchststrafe einen Anwendungsbereich zu finden.

Damit meint Arzt, obwohl er das nicht ausdrücklich sagt, daß der Mordtatbestand nichts anderes als reine Strafzumessungsregeln enthält. Das läßt sich klarer zeigen, wenn er sagt, daß das heutige Strafrecht die lebenslange Freiheitsstrafe nicht als Strafe, sondern als eine Sicherungsmaßnahme gegen die Gefährlichkeit des Täters behandelt; als eine Maßnahme aber, die in die Form der Strafe gekleidet ist, weil die Zweispurigkeit zur Zeit der Schaffung des § 211 in der Strafrechtsdogmatik noch nicht eingeführt worden war.¹⁵

Arzt schlägt vor, daß die Juristen, statt sich mit der unfruchtbaren Diskussion über die Unrechts- oder Schuldnatur der Mordmerkmale zu beschäftigen, die Tätergefährlichkeitsmerkmale suchen sollen.¹⁶ Dadurch könnten sowohl der Mord als auch die lebenslange Freiheitsstrafe ohne Gefahr für die strafrechtliche Vorbeugung abgeschafft werden, weil der Gefährlichkeit des Täters nicht durch Strafe, sondern durch Sicherungsmaßnahmen entgegengetreten werden müsse.¹⁷

13. Arzt, in ZStW, 83, S. 11ff, ders., Strafrecht, BT, S. 29ff.

14. Arzt, Strafrecht, BT, S. 30ff, der., in ZStW, 83, S. 11

15. Arzt, Strafrecht, BT, S. 30

16. Arzt, Strafrecht, BT, S. 31

17. Arzt, Strafrecht, BT, S. 31

II. Otto

Im Gegensatz dazu hält Otto¹⁸ aus sozialetischen Gründen die Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag für notwendig. Nach einem kritischen Überblick über die Mordmerkmale des geltenden Rechts¹⁹ betont er die Untauglichkeit der Formulierung des § 211 und kommt zu einem Reformvorschlag, der das täterpersönliche Element deutlich hervorhebt. Otto konkretisiert dieses Element, die "sozialunerträgliche Einstellung des Täters", durch eine abschließende Kasuistik, die sich von der Kasuistik des geltenden Rechts unterscheidet, indem sie die Fälle der Tötung zur Erregung oder zur Befriedigung des Gaschlechtstriebes und der Mordlust außer Betracht läßt, weil, wie es sich aus der Erfahrung der Praxis ergibt, die Täter solcher Tötungen in den meisten Fällen zurechnungsunfähig sind, so daß solche Fälle nicht zu der wirklichen schweren Kriminalität, sondern zu dem Bereich der Gefährlichkeit gehören und als solche durch Sicherungsmaßnahmen behandelt werden müssen. Im übrigen unterscheidet sich Ottos Kasuistik nur äußerlich von der Kasuistik des geltenden Rechts, indem sie die Merkmale "grausam", "heimtückisch", "mit gemeingefährlichen Mitteln" und "Habgier" anders formuliert. So schlägt Otto eine Freiheitsstrafe von fünfundzwanzig Jahren vor²⁰ wenn der Täter

- 1) mehrere Personen tötet oder durch die Tat das Leben weiterer Menschen gefährdet,
- 2) dem Opfer bei der Tat schwere körperliche oder seelische Qualen zufügt,
- 3) mutwillig handelt,
- 4) ihm entgegengebrachtes Vertrauen ausnutzt,
- 5) bei der Durchführung eines Sittlichkeitsverbrechens oder
- 6) zur Ermöglichung einer Straftat, zur Erlangung eines Vermögensvorteils oder um sich der Strafverfolgung zu entziehen, tötet und in der Tat eine in besonderem Maße sozial unerträgliche Einstellung des Täters zum Ausdruck kommt.

 18. Otto, Strafrecht, BT, S. 19, ders., Straftaten gegen das Leben, in ZStW, 83, S. 43ff.

19. Otto, in ZStW, 83, S. 58ff

20. Otto, in ZStW, 83, S. 79

III. Siol

Einen ähnlichen Vorschlag hat auch Siol anzubieten. Auch er benutzt die Kasuistik des geltenden Rechts, läßt aber die Merkmale der grausamen und heimtückischen Tatausführung außer Betracht, weil sie, seiner Meinung nach, keine selbständige Bedeutung haben und deshalb viele Auslegungsprobleme ergeben.²¹ Im Gegensatz zu Otto behandelt er aber diese Kasuistik in der Weise der Regelbeispiele-technik. So schlägt Siol folgende Gestaltung des Mordtatbestandes vor:²²

Abs.1 Hat der Täter unter Umständen getötet, die seine besonders verwerfliche Gesinnung offenbaren, so ist auf Freiheitsstrafe von fünfundzwanzig Jahren zu erkennen.

Abs.2 Solche Umstände liegen in der Regel vor, wenn der Täter

- 1) aus Mordlust
- 2) zur Erregung oder Befriedigung des Geschlechtstriebes,
- 3) aus Habgier,
- 4) mit gemeingefährlichem Mittel, das andere in Todesgefahr bringt,
- 5) in der Absicht eine andere Straftat zu ermöglichen, einen anderen tötet.

IV. Der Alternativentwurf

Beide vorerwähnte Vorschläge, Siols deutlicher durch seine regelbeispielhafte Kasuistik, behandeln die Mordmerkmale als Strafzumessungsregeln; dabei wird der Einfluß des Alternativentwurfs sichtbar. Der AE, der, wie seine Verfasser behaupten, die Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag abschaffe und alle vorsätzlichen Tötungen in einer Vorschrift erfasse,²³ bringt zu den vorerwähnten Vorschlägen eine wesentliche Korrektur, die zeigt, daß seine Verfasser klare Vorstellungen darüber hatten, was sie zum Ausdruck bringen wollten. Freilich läßt der AE keinen Zweifel über den Strafzumessungscharakter seiner kasuistischen Aufzählung, insofern er die Verhängung der Mordstrafe nur fakultativ androht. Im Gegensatz zu den anderen Vorschlägen, die insofern die Ungerechtigkeit der absolut

21. Siol, Mordmerkmale in kriminologischer und kriminalpolitischer Sicht, 1973, S. 143, 148.

22. Siol, a.a.O. S. 163.

23. Siehe Alternativentwurf eines StGBs, BT, Halbband, 1, S. 17.

bestimmten Strafe nicht vermeiden, gestaltet der AE die lebenslange Freiheitsstrafe als Ausnahmestrafe für höchst außerordentliche Fälle, weil er ihre Verhängung, selbst wenn die besonders verwerfliche Gesinnung vorliegt, nicht obligatorisch aufzwingt.

§100 AE unterscheidet terminologisch zwischen Mord und Totschlag nicht und trägt den Titel "Vorsätzliche Tötung". Der AE schlägt folgende Regelung vor:

- § 100 1) Wer einen anderen tötet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.
- 2) Auf lebenslange Freiheitsstrafe kann erkannt werden, wenn der Täter
1. durch eine oder mehrere Handlungen mehrere Menschen tötet,
 2. durch die Tat das Leben weiterer Menschen unmittelbar gefährdet,
 3. dem Opfer bei der Tat erhebliche körperliche oder seelische Qualen zufügt,
 4. absichtlich und mutwillig handelt oder
 5. zur Ermöglichung einer Straftat, zur Verdeckung einer Straftat auf Grund eines vor der Straftat erfaßten Entschlusses oder zur Erlangung eines Vermögensvorteils tötet.

Weiter löst der AE im Abs.4 desselben § 100 eines der dornigen Probleme des geltenden Rechts, nämlich des Zusammentreffens der Mord- und Totschlagsmerkmale in einer Tat. Er droht Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren an, wenn die qualifizierenden Umstände im Affekt verwirklicht werden.

Von diesen drei Reformvorschläge ist die Regelung des AE in dogmatischer, systematischer und kriminalpolitischer Sicht der wichtigste, weil er die Konsequenzen aus der Erfahrung mit allen bisherigen Regelungen zieht, Streitigkeiten zu beseitigen und Lücken zu schließen versucht. Was alle drei Vorschläge gemeinsam haben ist nicht so sehr ihre Bemühung um kriminalpolitische Tauglichkeit der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag, sondern ihre Versuch, die dogmatischen und systematischen Unzulänglichkeiten des geltenden Rechts zu beseitigen. Darüber wird weiter unten zu sprechen sein.

V. Der 53. Deutsche Juristentag

Über das Problem der Reform der Tatbestände der Tötungsdelikte wurde auch auf dem 53. Deutschen Juristentag, der vom 16. bis 19.9 1980 in Berlin stattfand, beraten.²⁴ Bei der Diskussion wurden alle Reformalternativen, nämlich der Einheitstatbestand nach dem Vorbild des dänischen Rechts, die Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag auf zweistufiger Basis ohne weitere Differenzierung nach dem Vorbild des österreichischen Rechts, die Hervorhebung einiger höchststrafwürdigen Fälle als besonders schwere Fälle in Regelbeispiele-technik und die Formulierung der höchststrafwürdigen Fälle als Generalklausel nach dem Vorbild des schweizerischen Rechts, ausführlich erörtert.

Nicht alle Teilnehmer waren aber der Meinung, daß eine grundlegende Reform der Tötungsdelikte dringend sei, obwohl die Untauglichkeit und die Unzulänglichkeiten der geltenden Vorschriften allgemein anerkannt wurden. So vertrat einer der Referenten, Hans Fuhrmann, die Meinung, die Tatgerichte hätten Anpassungsstrategien und Umwege entwickelt, um zu gerechten Ergebnissen kommen zu können, so daß eine beschränkte kleine Lösung, nämlich einzelne Korrekturen auf dem Boden des geltenden Rechts, genüge; die Ergebnisse der Praxis und der Rechtsvergleichung müßten näher geprüft werden, weil eine Totalreform sei nur auf lange Sicht anzustreben. Die überwiegende Mehrheit stimmte aber Essers sehr eingehende Gutachten zu und sprach sich für eine grundlegende Reform und Neuabgrenzung der Tötungstatbestände aus.

Aus dem gefaßten Beschluß ergibt sich jedoch eine gewisse Zurückhaltung. Die Neuabgrenzung zwischen Mord und Totschlag sei auf zweistufiger Basis durchzuführen, so daß der Mord der Grundtatbestand und der Totschlag der privilegierte Tatbestand sein solle. Der Mord erfasse alle nicht privilegierten Tötungen, innerhalb dessen, die höchststrafwürdigen Fälle tatbestandlich als Strafzumessungsqualifizierung nach Regelbeispiele-technik typisiert werden sollen. Auf die Frage aber, welche diese höchststrafwürdigen Fälle seien und nach welchem Wertungsgesichtspunkt sie hervorgehoben werden sollen, gibt der Beschluß keine klare Antwort, da bei der Diskussion höchst umstritten war, ob nur die Verwerflichkeit der Tat oder nur die Gefährlichkeit des Täters bei der Beurteilung der Erschwerungsgründe maßgebend sein solle oder ob es auf beide Kriterien kumulativ oder al-

24. Siehe Essers Gutachten, Empfiehlt es sich, die Straftatbestände des Mordes des Totschlags und der Kindestötung (§§ 211 bis 213, 217 StGB) neu abzugrenzen?

ternativ ankommen solle.²⁵ So beschränkt sich der Beschluß auf Empfehlungen für eine sachgemäße Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag und für eine Verdeutlichung der höchststrafwürdigen Fälle, ohne einen festen Begriff dieser letzteren anzubieten. Es wird bloß empfohlen, die Tauglichkeit

- der mehrfachen und gemeingefährlichen Tötung,
- der Tötung durch unerlaubt mitgeführte Schußwaffen,
- der Tötung bei bandmäßiger Begehung von Gewalttaten,
- der Zufügung besonderer Schmerzen oder Qualen und
- des Rassenhasses

solle näher geprüft werden. Das wirklich neues Merkmal ist der Rassenhaß, während die übrigen Erläuterungen heutiger Mordmerkmale des § 211 StGB, nämlich der ausführung mit "gemeingefährlichen Mitteln" und "grausam", sind.

Ähnlich wie beim Mord, beim Totschlag soll die durch eine begreifliche und heftige Gemütsbewegung sich ergebende Schuld-milderung nach Regelbeispielen durch Fälle wie

- Provokation,
- unausweichlicher Konflikt,
- Verzweiflung und
- Mitleid

konkretisiert werden.

Was die Sanktion betrifft, läßt der Beschluß die heutige Situation, außer der Strafuntergrenze des Totschlags, die ein Jahr Freiheitsstrafe sein soll, unberührt.

 25. Daß dies aber ein Scheinproblem ist, weil Begriffe wie Verwerflichkeit der Tat oder der Gesinnung und Gefährlichkeit des Täters mit einander verbunden sind, siehe unten S. 55, Fußnote 7

Dritter Teil

Die dogmatische Grundlage der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag

1. Die Behandlung der Unterscheidung im Gesetz

Die dogmatische Struktur der vorsätzlichen Tötung, d.h. die Natur und die Tragweite der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag, ist in ihrer Behandlung im Gesetz weder eindeutig noch klar. §§ 211 und 212 StGB, unter welchem Auslegungsblickwinkel auch immer man sie interpretiert, liefern Probleme wie kaum eine andere Vorschrift des Besonderen Teils. Das Gesetz benutzt zur Charakterisierung des Mordes verschiedenartige Merkmale, die dem Mord nicht durch die Intensität und den Grad der Rechtsgutsverletzung oder den Wert des Tatobjekts seinen größeren Unwert verleihen, sondern sich dadurch kennzeichnen lassen, daß sie einen höheren Gefährlichkeitsgrad offenbaren und bei den Rechtsgenossen einen besonderen Abscheu verursachen.

Ob nun diese Merkmale dem Mord einen gewissen eigenständigen Unrechtsinhalt verleihen oder ob sie als überwiegend täterpersönliche Merkmale konkrete gesetzliche Indizien für die quantitative Abstufung der Schuldschwere im Rahmen desselben Verbrechens sind, ist weitgehend umstritten.¹ Wenn man den Mordtatbestand als selbständigen Unrechtstatbestand betrachtet und diese Auffassung konsequent durchführt, dann kommt man besonders im Bereich der Teilnahme zu ungerichten und manchmal harten Ergebnissen. Nicht zuletzt die Neugestaltung der Vorschrift über die besonderen persönlichen Merkmale (§ 28 in Verbindung mit § 14 StGB) beabsichtigte diese Probleme zu lösen.² Die Unzulänglichkeiten lassen sich aber dadurch nur teilweise beseitigen, weil die Rechtsprechung die Mordmerkmale als unrechtsbe gründende betrachtet und nur für die Motive und die Absichten den § 28 Abs. 1 anwendet, während sie für die anderen Mordmerkmale strenge Akzessorietät anwendet.³

1. Lange, in LK, 9. Aufl., Vorb. zu § 211 Rdnr. 6, Schönke-Schröder, S. 1247, 1272, Sax, in ZStW, 64, S. 393ff, Welzel, Lehrbuch, S. 280, ders., Abhandlungen, S. 268ff.

2. Lange, in LK, 9. Aufl., S. 168

3. BGH 2/252, 3/33, 22/375, 23/39, 23/103, 25/289.

Zum gleichen Ergebnis kommen, oder sollten wenigstens kommen, die Autoren, die anders als die Rechtsprechung den Mord als eine unselbständige Unrechtsabwandlung des Totschlags verstehen, indem sie zwischen tat- und täterbezogenen Mordmerkmalen unterscheiden, wobei sie für die tatbezogenen Merkmale die Anwendung des § 28 Abs. 2 ablehnen,⁴ so daß die Meinungsverschiedenheiten und die in den einzelnen Fällen ungerechten Ergebnisse bleiben.

Wenn wir den Mordtatbestand nur als Maß der Schuld, nämlich als die quantitative Abstufung der Schuldschwere im Rahmen desselben Verbrechens oder als Strafzumessung verstehen, so lassen sich alle obengenannten Probleme beseitigen, wohl aber gelten alle Einwände und zwar werden sie durch diese Auslegung stärker, die sich gegen die dogmatische und kriminalpolitische Bedeutung der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag erhoben haben.

2. Die Problematik der Deliktsabwandlung und die vorsätzliche Tötung

Schon die obigen Ausführungen sollten zeigen, daß die vorsätzliche Tötung eine durchaus eigene Problematik hat, die von der üblichen Problematik der Tatbestandsstruktur abweicht.¹ Zwar erhebt sich bei der Tatbestandsstruktur einer jeder Verbrechenart das rechtspolitische Problem, ob eine Abwandlung entsprechend den einzelnen Modalitäten der Rechtsgutsverletzung zweckmäßig ist, um durch die Gestaltung mehrerer Tatbestände alle für die Sozialordnung gefährlichen Rechtsgutsverletzungen je nach ihrer Unwertgröße treffend zu bestrafen.

Mit anderen Worten: Im Besonderen Teil des Strafrechts erscheint das Problem der Abwägung und Bewertung nicht nur zwischen verschiedenen Taten, sondern auch zwischen den verschiedenen Umständen, unter denen dieselbe Tat begangen wurde. Ein und dasselbe Delikt, begangen unter bestimmten Umständen, macht nach Ansicht des Gesetzgebers die Verletzung des Rechtsgutes schwerer oder leichter, so daß es aus dem

4. So Maurach-Schröder, Bt, Teilbd. 1, S. 40f, ders., Mordmerkmale aus der Sicht des § 50 StGB, in JuS, 1969, S. 253, Blei, BT, S. 24, Welzel, S. 285. Für den Meinungsstand siehe Arzt, "Gekreuzte Mordmerkmale, in SJ, 1973, S. 685 und Schönke-Schröder, S. 1273.

1. Sax, in ZStW, 64, S. 394, Otto, in ZStW, 83, S. 39

für den sozusagen normalen Fall bestimmten Strafraumen heraustreten soll und eine andere, schwerere oder leichtere Strafe benötigt.²² Der Gesetzgeber schafft also nach dem Maß der Schwere und der Intensität der Rechtsgutsverletzung,³ neue Tatbestände oder Abwandlungen desselben Tatbestandes, die eine andere Begehungsweise enthalten oder die selbe Begehungsweise durch solche Umstände bezeichnen, so daß dieselbe Tat in mehrere Verbrechen aufgelöst wird, die durch Unwertabstufung mit verschiedenen Strafgrößen verknüpft sind.

Diese Tatmodalitäten, entweder als neue Tatbestände oder, wie es manchmal der Fall ist, als Strafzumessungsregeln, spielen in jeder Gesetzgebung eine mehr oder weniger wichtige Rolle. In jedem Abschnitt des Besonderen Teils trifft man einerseits Grunddelikte und andererseits sehr häufig Abwandlungen dieser Grunddelikte, so daß einige, und nicht einmal wenige Verbrechen Abwandlungen dieser Grunddelikte sind.

De lege ferenda kann man solche Abwandlungen aus rechtspolitischen Gründen kritisch betrachten und ihre Abschaffung, ihre Vermehrung oder ihre andere Gestaltung vorschlagen, aber de lege lata zweifelt niemand daran, daß die gesetzgeberische Bewertung und Unterscheidung selbst wenn man sie für falsch hält, mit einer objektiven und begrifflichen Unterscheidung, ja mit der Schaffung einer neuen Verbrechensart verknüpft wird. Denn die Umstände des neuen Tatbestandes entsprechen einer verschiedenen Größe und Intensität der Rechtsgutsverletzung und einer anderen Beschreibung der Tatbegehung.⁴ Es handelt sich um wirkliche Tatbestände, die, obwohl sie eine enge Verwandtschaft und einen Beziehungspunkt mit dem Grundtatbestand haben, einen anderen Unrechtsinhalt aufweisen, weil sie auf der quantitativen und qualitativen Abstufung der Rechtsgutsverletzung beruhen.⁵

Im Bereich der vorsätzlichen Tötung gilt das nicht. Die vorsätzliche Tötung hat eine Eigenart, deretwegen ihre Differenzierung in mehrerer Formen von den Unterscheidungen, Qualifizierungen und Privilegierungen der anderen Verbrechen verschieden ist; auch die Kriterien

²² Maurach-Zipf, AT, Tb. 1, S. 305f.

³ Siehe Maurach, in Materialien, Bd. 1, S. 249ff.

⁴ Schaffstein, Zur Auslegung des Begriffes der heimtückischen Tötung als Mordmerkmal, in H. MayerFest., S. 426

⁵ Siehe Maurach-Zipf, AT, Tb. 1, S. 305f, Jescheck, S. 215

durch die die Unterscheidung bei den anderen Verbrechen durchgeführt wird, lassen sich bei der vorsätzlichen Tötung nicht anwenden.

In diesem Bereich liegen zwei Verbrechensarten, Mord und Totschlag, vor, die sogar auf derselben Norm aufbauen, ohne jedoch den Modalitäten und Abstufungen der Rechtsgutsverletzung zu entsprechen. Hier sieht man als Grund der Abwandlung nicht z.B. den Wert des Tatobjekts, die Beziehung des Täters zu dem Opfer, den Tatort oder die weitere Herbeiführung eines anderen Erfolgs und sonstige Strafbarkeits- und Strafänderungsgründe an, weil solche Probleme der Tatbestandsbeschreibung und der Tatbestandsmäßigkeit des Handelns oder Unterlassens sich bei der Tötung nicht erheben, da jedes Verhalten, das kausal den tödlichen Erfolg verursacht, tatbestandsmäßig ist,⁶ sondern der Gesetzgeber spricht über akute Affektzustände und sonstige Merkmale,⁷ die ihre Gemeinsamkeit darin haben, daß sie weder in einer Aufzählung erschöpfend konkretisiert werden können noch den Deliktstypus betreffen.

Das Problem der Abwandlung führt also im Bereich der vorsätzlichen Tötung zu einer völlig anderen Fragestellung. Es erschöpft sich nicht in der bloßen kriminalpolitischen Frage, ob eine Tötungsabwandlung zweckmäßig sei und wie sie durchgeführt werden solle, sondern vielmehr zu allererst umfaßt sie die dogmatische Frage, ob eine solche Abwandlung im herkömmlichen Sinne, die eine Unterscheidung zwischen schwereren und minder schweren Tötungen mit sich brächte, dogmatisch überhaupt möglich sei.

Die Bejahung oder die Verneinung dieser Frage ist nicht leicht. Sie hängt nicht davon ab, ob bestimmte Umstände das gesamte Tatbild und damit die Schwere der Tat ändern, weil das kaum denkbar ist, da der einfache Deliktstypus der Tötung nicht änderungsfähig ist, sondern sie hängt davon ab, ob es im allgemeinen Bewußtsein ein bestimmtes und festes Kriterium gibt, dessen Vorliegen die Schwere der Tötung abstuft, ohne dem Tatbestand tatändernde Merkmale hinzuzufügen. Das ist aber aus strafrechtsdogmatischer Sicht fast unmöglich, weil alle Modalitäten, strafbegründende oder strafändernde, die Anlaß zu Abwandlung geben, überwiegend tatbezogen sind. Von den tatbezo- genen aber kommen nur wenige, die rein subjektiven persönlichkeitsbe- zeichnenden Merkmale, die den Deliktstypus unberührt lassen, in Be-

6. Siehe unten den nächsten § 3

7. Maurach-Zipf, AT, S. 284

tracht. Warum sich dies so verhält, erklären wir in dem folgenden Paragraphen.

3. Der fragmentarische Charakter des Straf-

rechts und das Rechtsgut des Lebens

Dieser Inhaltsunterschied, den wir bemerkt haben, ist auf die Natur der Sache zurückzuführen. Wegen des Rechtsstaatsprinzips, das im Strafrecht durch die Grundsätze der Bestimmtheit des Strafgesetzes und der Garantiefunktion des Tatbestandes konkretisiert wird,¹ hat das Strafrecht einen fragmentarischen Charakter.² In anderen Rechtsgebieten geht man - besonders tun dies die Positivisten - häufig von der sog. Maxime der logischen Vollkommenheit und Lückenlosigkeit des positiven Rechts aus.³ Dagegen geht das Strafrecht heute vom entgegengesetzten Standpunkt aus, daß das Strafrecht sich nicht mit der systematischen und ausführlichen Entwicklung seines Gegenstandes, nämlich des *jus puniendi* des Staates, beschäftigt, sondern mit der Bestrafung nur derjenigen Verletzungen bestimmter Rechtsgüter, die dem Gesetzgeber als unerträgliches Beispiel antisozialen Verhaltens er-

-
1. Siehe Maurach-Zipf, AT, Teilbd. 1, S. 130, 290, Baumann, S. 121, eingehend Geerds, Zur Problematik der strafrechtlichen Deliktstypen, in EngischFest, S. 406
 2. Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, 2. Aufl., S. 20, Baumann, S. 10, Jescheck, S. 40, Maiwald, in MaurachFest., S. 9ff, H. Mayer, Strafrecht, AT, S. 54, Peters, in ZStW, 77, S. 475
 3. Siehe Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Bd. 1, 1892, S. 372ff, 384, Binder, Philosophie des Rechtes, 1925, S. 982, Radbruch, Rechtsphilosophie, 1973, S. 207, 294ff, 301, Reichel, Gesetz und Richterspruch, 1915, S. 94, 109, hinsichtlich der Unterscheidung zwischen positivem Recht als teleologischem System und gesetztem Recht. Nur bei dem positivem Recht findet das Vollkommeheitsdogma Anwendung und nicht auch, wie der Rechtspositivismus lehrt, bei dem gesetzten Recht, das auf alle Fälle lückenhaft ist. In diesem Sinne auch Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, 1911, S. 641, Zitelmann, Lücken im Recht, 1903, S. 9, Lask, Gesammelte Schriften, Bd. 1, 1923, S. 326, del Vecchio, Sui principi generali del diritto, 1921, S. 20, Sauer, Juristische Methodenlehre, 1940, S. 281, mittelbar, aber deutlich auch W. Jellinek, Gesetz und Gesetzanwendung, 1913, S. 175. Wie die Einheit und die Vollkommenheit des positiven Rechts die Lücken des gesetzten Rechts füllt, siehe Stammler, a.a.O., S. 676, ders. Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1923, § 141. Gegen diese Maxime der logischen Vollkommenheit und Lückenlosigkeit, des gesetzten Rechts aber, siehe Arth. Kaufmann, Rechtsphilosophie im Wandel, 1972, S. 285, Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1975, S. 281. Auch Engisch, Einführung in das juristische Denken, 1975, S. 136ff.

scheinen.

Das Strafgesetz gibt also in der Beschreibung eines Verbrechens eine bestimmte Weise der Tatbestandsverwirklichung; es bietet dem zugehörigen Rechtsgut nur einen relativen Rechtsschutz gegen bestimmten Angriffe,⁴ und gerade darauf beruht die Möglichkeit des Gesetzgebers Abwandlungen eines Verbrechens nach dem Maß der Schwere und der Intensität der Rechtsgutsverletzung zu schaffen; denn mit jeder Abwandlung gewährt er dem Rechtsgut eine neue Schutzform.

Bei der vorsätzlichen Tötung liegt es anders. Der Gesetzgeber hat, und mit Recht, anders als bei der Bewertung der sonstigen Rechtsgüter, das Leben für absolut schutzbedürftig gehalten; es wird gegen alle Angriffe durch beliebige Mittel und in beliebiger Art und Weise geschützt.⁵ Das geschieht mit Recht, weil die Verletzung dieses Rechtsgutes nicht abgestuft werden kann. Die Lebensverletzung ist immer dieselbe: seine Vernichtung. Und natürlich kann keine Rede von größerer und kleinerer, wichtiger und minderwertiger Lebensvernichtung sein.⁶ Das Leben ist ein absolutes Rechtsgut, dessen Verletzung keine Relativierung verträgt.⁷ Es ist also nicht möglich, daß nur die auf eine bestimmte Weise oder die durch bestimmte Mittel begangene Lebensvernichtung als Verbrechen angesehen wird.

Daher unterscheidet das Gesetz auch nicht, welche Unterscheidung jedenfalls eine gesetzliche Relativierung des Lebens mit sich brächte,

4. Welzel, S. 5, H. Mayer, in Materialien, Bd. 1, S. 273, Maurach-Zipf, AT, Teilbd. 1, S. 277.

5. Maurach-Schröder, BT, Teilbd. 1, S. 12. Das Rechtsgut als Auslegungsmittel spielt eine entscheidende Rolle, weil es der Ausgangspunkt und die Grundlage der Tatbestandsbildung ist. Daraus ergeben sich sowohl die Angriffsrichtung des Verbrechens als auch der Maßstab für den Inhalt und die Abgrenzung der Strafvorschrift. Baumann, S. 141, Jescheck, S. 206f, Maurach-Zipf, AT, Teilbd. 1, S. 277f, 282. Vgl. Heimann-Trötschel, in LK, Bd. 1, Einleitung, Rdnr. 50, 53.

6. Otto, Grundkurs Strafrecht, BT, S. 17, Schaffstein, in H. MayerFest, S. 426

7. Das Leben gehört zu diesen elementaren und selbstverständlichen Gegebenheiten der Erfahrung, deren Definition sehr schwierig, wenn nicht unmöglich ist: Vgl. Dilthey, Ges. Schriften, Bd. 5, S. 83, Bd. 8, S. 189, Pfänder, Philosophie der Lebensziele, S. 88. Das Leben ist die Erfahrung der Erfahrung, (Kant) weil es die unentbehrliche Bedingung jeder Erfahrung ist. Kant, Prolegomena, § 48, Keller, Vom Wesen des Menschen, 1943, S. 36. Es ist der Ursprung aller möglichen Tätigkeiten und aller Güter. Es hat den Grund seines Wertes allein in sich, während alle anderen Werte sich daraus herleiten und ihre Träger relativen Wert haben, nämlich nach ihrer Beziehung auf den Menschen und wegen des Menschen. Sauer, System der Rechts- und Staatsphilosophie, 1949, S. 5. Entsprechend der Absolutheit des Lebens schützt das Strafrecht auch absolut diese biologische Grundlage des menschlichen Daseins, die der zentrale Wert jeder Rechtsordnung ist. Siehe auch BVerGE, 39, 1, 36

sondern es schützt das Leben gegen alle Angriffe und interessiert sich nicht für den Angriff an und für sich, sondern für sein Ergebnis. Der Rechtsordnung genügt für das Vorliegen eines Verbrechens gegen Das Leben, daß der Tod nicht natürlich war, ja, daß jemand durch irgendwelche Handlung (positive Tat oder Unterlassung) und sogar durch psychische Einflußnahme⁸ den Tod eines anderen Menschen kausal verursacht hat.⁹

Da nun jede Lebensverletzung den Tötungstatbestand verwirklicht, ist es natürlich, daß die Problematik der Tatbestandsstruktur sich bei der vorsätzlichen Tötung in einer anderen Weise stellt. Außer Frage steht, daß es nicht möglich ist, zu behaupten, daß bestimmte Tötungen "mehr" Tötungen seien,¹⁰ so daß sie einen unterschiedlichen Unrechtsinhalt haben, was einen sachlich-qualitativen Unterschied zwischen den verschiedenen Tötungsformen bedeuten würde. Ob und wie diese so häufig vollzogene gesetzliche Unterscheidung ohne Relativierung des geschützten Rechtsgutes in anderer Weise möglich ist, ist eine sehr streitige Frage, die bis heute keine allgemein angenommene Lösung gefunden hat.

4. Die besonders verwerfliche Gesinnung als rechtspolitisches Leitbild des Mordbegriffes

Wie sich aus dem Überblick über die Rechtsgeschichte und die repräsentativsten Gesetzgebungen und Reformarbeiten ergibt, sind die Mordkriterien Merkmale, denen eine bestimmte mit der Person verbundene Wertung zugrunde liegt.¹ Wie kaltblütig der Täter seine Tat plant und ausführt, welche Beweggründe die Tat motivieren, wie skrupellos im Hinblick auf weitere Gefährdungen des Rechtsgutes Leben er die Tat versucht oder mit welcher Freude über das Schmerzgefühl, das er bei seinem Opfer herbeiführt, er die Tötung begeht: Alle diese Gesichtspunkte haben, wie wir im vorigen § 3 gesehen haben und ausführlicher weiter unten sehen werden, in Wirklichkeit keine Beziehung zur Schwere der Lebensverletzung, die in jedem Fall gegeben ist, sondern sie spiegeln eine Einstellung der Rechtsgemeinschaft zum Täter einer sol-

8. Liszt-Schmidt, S. 461, Schönke-Schröder, S. 1267, Thormann-Overbeck, Bd. 2, S. 7

9. Stratenwrth, BT, Bd. 1, S. 21, Wessels, BT, S. 1, 9.

10. AE, Straftaten gegen die Person, 1. Halbband, 1970, S. 17f.

1. Feldmann, Zur Beurteilung der Täterpersönlichkeit, im Hinblick auf die qualifizierenden Merkmale des Mordes, in MonSchrKrim, 42, S. 206

chen Tötung wider.

Schon die Bezeichnung des heutigen Mordkriteriums als ethisches und das Gegenüberstellen seelischer Zustände als Abstufungsmaßstäbe zeigen, daß der größere Unwert des Mordes durch eine Bewertung der Täterpersönlichkeit bezeichnet wird, eine Bewertung, die auf sozial-ethischen Normen beruht und ihren Ausdruck in der Aufzählung der einzelnen Mordmerkmale findet.² Auch bei denjenigen Mordmerkmalen, die auf den ersten Blick als tatbezogen erscheinen, zeigt eine tiefere Prüfung das bewertende Element als überwiegend.³

Das Problem, das sich hier zeigt, ist, daß die gesetzgeberische Persönlichkeitsbewertung, die dem Wesen des Mordes zugrunde liegt, keinen unmittelbaren und deutlichen Ausdruck im Gesetz findet. Der Wortlaut des Gesetzes "Mörder ist..." läßt sich nicht anders als "Mord begeht, wer aus..." verstehen.⁴ Und trotz der in vielen Punkten gemeinsamen Abstammungsgeschichte umschreibt das deutsche StGB, anders als das schweizerische, den Mord als einen fest umrissenen und abschließenden Tatbestand und läßt dem Richter keinen Spielraum, so daß der schweizerische Hinweis auf die Persönlichkeitsqualität des Täters, die sog. besonders verwerfliche Gesinnung oder die Gefährlichkeit des Täters, uns keine unmittelbare Hilfe leisten kann. Müssen wir auch hier stehen bleiben und auf eine tiefere Erforschung der Gründe für die Mordqualifikation verzichten? Es handelt sich um die richtige und konsequente Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag, und gerade die große Undeutlichkeit in diesem Punkt und die inkonsistenten Lehrmeinungen zeigen, zu welchen unbefriedigenden Ergebnissen die oberflächliche und unsystematische Kenntnis der Vorschrift führt.

Wir können also, selbst wenn der Text des Gesetzes keinen Hinweis gibt, auf die Bemühung um eine systematische und rationale Begriffsabgrenzung nicht verzichten. Da die Kasuistik des Gesetzes uns dazu wenig hilft, müssen wir, teleologisch das rechtspolitische Leitbild des Gesetzes finden.

2. Vgl. OGHBrZ, 24.8.1949, in SJZ, 1949, S. 54

3. Heinitz, Gedanken über Täter- und Teilnehmerschuld im deutschen und italienischen Strafrecht, in Festschrift der Juristischen Fakultät der F.U. Berlin zum 41. Deutschen Juristentag in Berlin.

4. Siehe oben s. 42. Weiter Hall, in Eb. SchmidtFest. S. 419, Mezger, in ZStW, 60, S. 353ff, Sauer, System, S. 256

Zunächst gibt es kein Zweifel darüber, daß das principium divisionis, zwischen Mord und Totschlag schon im alltäglichen Sprachgebrauch die viel größere Verwerflichkeit der Tat ist. Die Mordvorschrift beruht auf der Kongruenz der soziaethischen und der juristischen Bewertung bestimmter Tötungen.⁵ Die Frage ist, wie diese ethisch-juristische Bewertung durchgeführt wird, mit anderen Worten, wodurch die Tat ihren Charakter als besonders verwerflich bekommt.

Aus der Behandlung der einzelnen Mordmerkmale durch Lehre und Rechtsprechung, auch von seiten derjenigen Autoren, die prinzipiell das personale Element als Grund der Mordqualifikation ablehnen, ergibt sich deutlich, daß die Mordmerkmale eine besonders abscheuliche und gefährliche Persönlichkeit zum Ausdruck bringen. Von dem Ausgangspunkt her, daß der Begriff der Tötung alle Angriffe gegen das Rechtsgut des Lebens enthält und daß der Angriff gegen das Leben und sein Ergebnis, die Vernichtung des Lebens, qualitativ und quantitativ nicht abgestuft werden können, kommen wir zu dem Ergebnis, daß die Mordqualifikation durch ein täterbezogenes Kriterium durchgeführt wird. Die Persönlichkeitsqualifikation bestimmt die Mordqualifikation. Mit anderen Worten, durch den viel größeren juristisch-ethischen Vorwurf gegen den Täter wird die Tat verwerflicher. Das Wesen des Mordes und die Gemeinsamkeit aller Mordmerkmale der kasuistischen Aufzählung ist die Gesinnungsqualität des Täters.⁶ Ob grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln, oder mit niedrigen Beweggründen usw.: Tötung bleibt Tötung; nicht mehr und nicht weniger. Die besondere Abscheulichkeit des Mordes liegt allein darin, daß die besonders verwerfliche Gesinnung und damit auch die besondere Gefährlichkeit des Täters sich dadurch offenbaren.⁷

Was verstehen wir darunter, wenn wir die besonders verwerfliche Gesinnung als Mordkriterium bezeichnen, was ist unter dieser Gesinnung im Bereich des Rechts zu verstehen? In einem freiheitlich-demokratischen Tatstrafrecht, das so gut wie möglich das Gebot der Rechtssicherheit und der Bergiffsklarheit erfüllen muß, erscheint es als widersprüchlich, Begriffe wie Gesinnung, Charakter, Persönlichkeitsquali-

-
5. Binder, in SchwZStW, 67, S. 312f, Seidel, Die Qualifikation des Mordes nach dem neuen deutschen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Judikatur, der schweizerischen Vorentwürfe und des geltenden schweizerischen Rechts, Diss. Basel, 1952, S. 3
 6. Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958, S. 223f. Siehe auch Lange, in Lk, S. 163, Schönke-Schröder, S. 1262
 7. Die besondere Gefährlichkeit des Täters ist in der besonders verwerflichen Gesinnung inbegriffen. Wer eine solche Gesinnung offenbart, ist auch besonders gefährlich und umgekehrt. Vgl. Binder, in SchwZStW, 67, S. 323ff, Schmidhäuser,

tät und ähnliches als Tatbestandsabgrenzungskriterien einführen. Ein Gesinnungsstrafrecht ist dem Weltbild unserer Rechtsordnung und unserer ganzen kulturellen Tradition völlig fremd. Es wäre aber ein großer Irrtum, wenn wir den Gesinnungsbegriff nur im Sinne der Ethik verstünden und die Gesinnung aus dem Gebiet des Rechts ausschließen. Die Gesinnung läßt sich nicht nur auf die moralische Gesinnung beschränken. Die moralische Gesinnung ist nur eine ihrer Erscheinungen.

Im Bereich des Rechts wird die Gesinnung als die beharrliche Art des Wertens und des Wollens umschrieben.⁸ Im Strafrecht, wo sie die Strafzumessung und -bemessung beeinflusst,⁹ ist sie in doppelter Hinsicht von Bedeutung:¹⁰ als Ausdruck des Rechts(un)gehorsams, nämlich als verbrecherische und antisoziale Gesinnung, durch die die Persönlichkeit des Rechtsbrechers als für die Rechtsordnung feindliche und gefährliche erscheint,¹¹ und als Äußerung eines, um den Ausdruck Schmidhäusers zu gebrauchen, sittlich-wertwidrigen-geistigen Verhaltens, nämlich als qualitative Abstufung der Verwerflichkeit der Gesinnung, durch die dieselbe Tat durch die Einwirkung innerer Faktoren, wie der Motive, der Absicht u.a. oder äußerer Faktoren, wie der modus operandi, als schwerere und abscheulichere erscheint.¹²

Für unseres Thema kommt nur der zweite Gesinnungsbegriff in Betracht.¹³ Denn die Mordmerkmale offenbaren nicht die verwerfliche Gesinnung. Eine gewisse Verwerflichkeit und Gefährlichkeit wird durch jede vorsätzliche Tötung, ja sogar fast durch jeden strafbaren Rechtsbruch bewiesen. Die Verwerflichkeit, die die Mordmerkmale zur Erscheinung bringen, ist eine besondere, viel größere. Sie offenbaren die im sehr hohen Grad antisoziale, gemütsarme und skrupellose Gesinnung "von krassestem, primitivsten Egoismus" des Täters, bei dem "soziale Regungen weitgehend fehlen".¹⁴

Gesinnungsmerkmale, S. 224, Stratenwerth, BT, Bd. 1, S. 26ff

8. Welzel, Abhandlungen, S. 262

9. Hardwig, Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, in ZStW, 68, S. 22, Horstkotte, Die verwerfliche Gesinnung ein Begriffsmerkmal des Mordes? Diss.Hamburg, 1967, S. 52

10. Horstkotte, a.a.O., S. 23

11. Für eine solche dauernde Gesinnung Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1977, S 79f, 81

12. Allfeld, Der Einfluß der Gesinnung des Verbrechers auf die Bestrafung, in Kritische Beiträge zur Strafrechtsreform, 1909, S. 11ff. Dagegen aber v. Liszt, Aufsätze, Bd. 2, S. 88, 385ff, 391.

13. Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale, S. 80ff, ders. Strafrecht, S. 154, Bruns, Strafzumessungsrecht, 1974, S. 522, Gallas, Zum heutigen Stand der Lehre vom Verbrechen, in ZStW, 67, S. 45

14. Binder, in SchwZStW, 67, S. 314.

Die Mordmerkmale sind also Gesinnungsmerkmale, weil sie durch unmittelbare Angabe einer auf das äußere Tatbild bezogenen inneren psychischen und geistigen Größe oder, wieder nach Schmidhäusers Ausdruck, eines sittlich-wertwidrigen-geistigen Verhaltens des Täters der Tat ihren Unwert verleihen.¹⁵ Und was ihre Aufzählung in der wohl aus traditionellen Rechtssicherheitsgründen abschließenden Kasuistik des Gesetzes betrifft, ist diese nur von symptomatischer Bedeutung. Nämlich die einzelnen Mordmerkmale haben einen (Un)Wert, und sie bilden die Mordqualifikation, insofern sie konkrete Zeichen der Gesinnung und der Gefährlichkeit sind; alleine ohne ihren personbezogenen Charakter können sie eine Abweichung von der gemeinen vorsätzlichen Tötung nicht rechtfertigen.¹⁶

5. Die Einordnung der Mordmerkmale als Gesinnungsmerkmale im Strafrechtssystem

Auf den ersten Blick schon bemerkt man, daß die Kasuistik des § 211 StGB eine Menge von unbestimmten Begriffen enthält, deren Auslegung und Bejahung im konkreten Fall eine Bewertung seitens des Rechtsanwenders erfordert, die uns aber über ihre Natur und ihre Stellung in der Strafrechtsdogmatik nichts sagt. Daher rührt die Meinungsverschiedenheit in den einzelnen Fragen, die uns zeigt, daß dieser sehr alte Streitansatz zwischen den Strafrechtlern sich auch in unseren Tagen nicht beseitigen läßt. Daran ist auch der Gesetzgeber nicht unschuldig. Die Deliktsbeschreibung belehrt uns nicht über die Tatbestandsabgrenzung, über die Beziehung zwischen Mord und Totschlag und über die Behandlung des Teilnehmers an vorsätzlicher Tötung. Ein weiteres Problem, das dadurch entsteht und noch keine allgemein anerkannte Lösung gefunden hat, ist, ob die Mordmerkmale für die Verurteilung wegen Mordes vom Vorsatz umfaßt sein müssen oder ob sie außerhalb der Kongruenz des objektiven und des subjektiven Tatbestandes stehen.²

Wir haben schon gesehen, daß die Mordqualifikation auf Gesinnungs-

15. Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale, S. 224.

16. Zipf, Kriminalpolitische Überlegungen zu einer Reform der Tötungsdelikte unter besonderer Berücksichtigung des neuen österreichischen Strafrechts, in *Württembergische Festschrift*, 1977, S. 154

1. Jescheck, Die Rechtsprechung des BGH in Strafsachen, in *GA*, 1955, S. 97.

2. Ullrich, Natur und Tragweite der Mordmerkmale, Diss. München, 1959, S. 8.

momenten beruht. Das Verständnis des Mordtatbestandes und seiner Tragweite ist also nicht unabhängig von der Einordnung der Gesinnungsmerkmale in das System des Strafrechts. Diese Einordnung wiederum ist nicht unabhängig von der Abgrenzung zwischen Unrecht und Schuld.

Die systematische Stellung der Gesinnungsmerkmale im Strafrechtssystem ist aber in der Lehre höchst streitig. Grundsätzlich werden vier Meinungen vertreten: a) die Gesinnungsmerkmale sind subjektive Elemente, die den Tatbestand begründen und deshalb gehören sie zum Unrecht,³ b) die Gesinnungsmerkmale begründen den Vorwurf gegen den Täter und deshalb gehören sie zu der Schuld,⁴ c) die Gesinnungsmerkmale stellen eine besonders intensive Form des Vorsatzes dar,⁵ und d) die Gesinnungsmerkmale sind subjektive Elemente, die aber, obwohl sie sich in gewisser Weise auf Bewertung und Vorwurf beziehen, die seelische und geistige Grundlage der Tat sind und deshalb zusammen mit sämtlichen geistigen Tatmodalitäten das Unrecht begründen, zu dem sie gehören.⁶

Den Fehler, den diese Lehrmeinungen fast immer machen und der ihr Denken und Schlußergebnis bestimmt, ist, daß sie die Gesinnung und die konkreten Gesinnungsmerkmale verwechseln, sie (in eins gerechnet) zusammenprüfen und abstrakt über Gesinnungsmerkmale sprechen. Deshalb ordnen sie alle Gesinnungsmerkmale, die das Gesetz zum Aufbau verschiedenartigen Tatbestände benutzt, von vornherein dem Unrecht oder der Schuld zu. Dieser Bezug führt manchmal zu Widersprüchen, die selbst die Grundlage eines Gedankensystems erschüttern können. Das fällt am klarsten bei den Finalisten auf, die im Rahmen der Theorie des personalen Unrechts die Gesinnung für ein Tatbestandsmerkmal halten.⁷ Nach der finalen Handlungslehre gehören zum Unrecht alle objektiven und subjektiven Merkmale, die das Verbot und den Unwert

-
3. Baumann, S. 298, Mezger-Blei, AT, 14. Aufl., S. 105 (In der 17. Aufl., S. 63 Blei folgt nicht dem Mezgerschen Verbrechenssystem), Schweickert, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, 1957, S. 271ff.
 4. Gallas, in ZStW, 67, S. 46, Lange, in JR, 1949, S. 166, Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale, S. 217ff, Würtenberger, die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, 1957, S. 56f.
 5. H. Mayer, Strafrecht, 1953, S. 254.
 6. Bockelmann, AT, S. 58, Jescheck, 2. Aufl, S. 311. In der 3. Aufl., S. 255f, 381f, folgt Jescheck die differenzierende Auffassung. Lampe, Das personale Unrecht, 1967, S. 242, Maurach-Zipf, AT, Teilbd. 1, S. 355, Stratenwerth, Zur Funktion strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale, in v. WeberFest., S. 187.
 7. Schweickert, a.a.O., S. 138, Stratenwerth, in v. WeberFest., S. 188, Welzel, S. 79.

betreffen, während für die Schuld nur das übrig bleibt, was den Grad der Verwerfbarkeit kennzeichnet.⁸ Da nun Gesinnung und Gesinnungsmerkmale ihrem Sinn nach die Verwerflichkeit betreffen, sollten diejenigen Finalisten, die eine pauschale Entscheidung treffen, sie als Schuld-elemente betrachten und behandeln. Die Finalisten wollen aber andererseits konsequent in ihren Grundgedanken, alle seelischen und geistigen Elemente der Tat in den Unrechtstatbestand einordnen und deshalb haben sie für solche Grenzfälle, die die finale Handlungslehre anders nicht bewältigen kann, die streitige Konstruktion des personalen Unrechts erfunden. Wenn aber Vorwerfbarkeitselemente als - sei es auch personale - Unrechtselemente betrachtet werden, stellt sich die Frage, ob die Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld dann nicht überflüssig wird.⁹

Hier wollen wir aber nicht Kritik an der finalen Handlungslehre oder an der Theorie des personalen Unrechts üben. Sie mögen beide in ihren Grundgedanken richtig sein. Vielmehr wollen wir zeigen, zu welchen willkürlichen und widersprechenden Ergebnissen ein abstraktes und geschlossenes System führt. Die Rechtswissenschaft, wie jede wissenschaftliche Disziplin, ist nicht frei von gewissen Dogmen und Grundprinzipien, die eine didaktische und systematische Bedeutung haben. Wenn aber die Rede von Tatbestandsmerkmalen ist, und zwar von Merkmalen, deren Natur streitig ist, kann man nicht auf Grund irgendwelcher dogmatischen Theorie von vornherein bestimmen, welches ihre Natur und ihre Funktion ist. Der Weg für die Behandlung der Gesinnungsmerkmale ist aber, unserer Ansicht nach, die Unterscheidung zwischen der Gesinnung und den einzelnen Gesinnungsmerkmalen, die im Tatbestand zum Ausdruck kommen.

Die Gesinnung eines Menschen ist gemäß dem Gesinnungsbegriff, den wir an anderer Stelle gegeben haben, seine Einstellung zu den kulturellen Gütern. In juristisch-technischem Sinne verstehen wir unter Gesinnung das negative Werturteil über die sittlich wertwidrige und negative Einstellung des Täters und seine mangelhafte Bereitschaft, sich positiv beeinflussen zu lassen. Je schlechter diese Einstellung ist, desto größer ist der Vorwurf der Rechtsordnung gegen den Täter. Als ein solcher völlig außerhalb der Tat liegender Persönlichkeits-

8. Welzel, S. 79, 138ff.

9. Vgl. Gallas, in ZStW, 67, S.46

faktor begründet die Gesinnung den Schuldvorwurf¹⁰ und weiter ist sie, da sie den Vorwerfbarkeitsgrad zeigt, einer der wichtigsten Faktoren der Strafzumessung.¹¹

Auf der anderen Seite aber lassen sich die nicht eindeutigen, normativen und bewertungsbezogenen Elemente, die die Gesinnung typisieren, nicht ohne jeden Blick auf den Tatbestand, bei dem sie vorliegen, unter diesen oder jenen Begriff einordnen; Jeder Tatbestand benutzt, nach seiner Art und Stellung im System des Strafgesetzes, auf verschiedene Weise solche nicht eindeutigen Merkmale einmal als strafbegründende, einmal als strafändernde, bald als deliktstypisch, bald als personenbezogene. Je nach der systematischen Stellung des Tatbestandes behandelt das Gesetz anders z.B. die Gesinnungsmerkmale "böswillige Vernachlässigung der Sorgepflicht" bei § 223b, "List" bei den §§ 234, 234a, 235; 31 WStG und "rücksichtslos" bei § 315c Abs.1 Nr. 2, anders die Gesinnungsmerkmale "hinterlistig" bei § 233b, "leichtfertige Todesherbeiführung" bei §§ 239a Abs. 2 und 251 und anders dasselbe Merkmal "leichtfertige Todesherbeiführung" bei § 310 Abs.3. Bei den §§ 223b, 234, 234a, 235, 315c Abs.1 Nr.2 StGB und 31 WStG handelt es sich um die Begründung der Strafbarkeit eines menschlichen Verhaltens überhaupt. In diesem Fall sind die Gesinnungsmerkmale strafbegründend und deliktstypisch, weil der in diesen Tatbeständen beschriebene sozialethische Unwert, dem Willen des Gesetzgebers nach, nur mit der Hilfe dieser Gesinnungsmerkmale angezeigt werden kann, so daß überhaupt kein Verbrechen ohne ihre Mitwirkung vorliegt. In diesem Fall geben die Gesinnungsmerkmale das Bild des strafbaren Tatgeschehens her und deshalb, obwohl sie subjektive und intellektuelle Elemente sind, gehören sie ohne jeden Zweifel zu der Begründung des Unrechts überhaupt.

Anders ist der Fall, wo der zugehörige Tatbestand eine unselbständige Abwandlung des Grunddelikts ist. Hier müssen wir prüfen, ob der Tatbestand des Grunddelikts durch das Gesinnungsmerkmal geändert oder ob er unberührt bleibt. Der Grundtatbestand wird also geändert, wenn das Gesinnungsmerkmal eine größere Verletzung des Rechtsgutes oder die Verletzung eines weiteren Rechtsgutes darstellt oder wenn der Abwandlungstatbestand ein konkretes Gefährdungsdelikt beschreibt.

10. Horstkotte, a.a.O., S. 23

11. Für eine solche dauernde Gesinnung Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1977, S. 79f, 81

So z.B. das Merkmal "leichtfertige" Todesherbeiführung bei den §§ 239 Abs.2 und 251. In diesen Fällen wird eine objektive und sachliche Unwertssteigerung angezeigt und werden weitere Merkmale der Tat hinzugefügt, und deshalb gehören die Gesinnungsmerkmale dieser Tatbestände überwiegend der Unrechtsseite an.

Dagegen bleibt der Grundtatbestand unberührt, wo die Erfüllung des Abwandlungstatbestandes bloß eine Bewertung des gesamten Tatgeschehens des Grundtatbestandes voraussetzt, durch die dasselbe Tatgeschehen einen anderen Verwerflichkeitsgrad bekommt. Das ist der Fall, wo der Grundtatbestand, ohne eine bestimmte Verletzungsweise oder Schutzform des Rechtsgutes zu beschreiben, schon alle Angriffe gegen das zugehörige Rechtsgut umfaßt und der Abwandlungstatbestand dem Rechtsgut keine neue Schutzform anbietet, wo der Abwandlungstatbestand durch beispielhafte oder regelbeispielhafte Kasuistik konstruiert wird und das Gesinnungsmerkmal nur eines der (Regel)Beispiele ist und wo der Abwandlungstatbestand durch das Gesinnungsmerkmal ein abstraktes Gefährdungsdelikt darstellt. Dies ist der Fall z.B. bei §§ 223a ("hinterlistiger" Überfall), 310 Abs. 2 ("leichtfertige" Todesherbeiführung) u.a. Alle diese Fälle lassen eine mehr oder weniger grobe Wertverfehlung seitens des Täters erkennen, d.h. der Abwandlungstatbestand stellt nur die größere oder geringere Verwerflichkeit derselben Tat des Grundtatbestandes dar, die durch die Gesinnungsqualität des Täters angezeigt wird. Die Gesinnungsmerkmale gehören in diesem Fall zu der Schuld. Je nach der Tatbestandsart also ist die Natur und die Tragweite solcher Merkmale verschieden. Bald gehören sie zum Unrecht, bald gehören sie zur Schuld.

Gerade wegen dieser verschiedenartigen Behandlung der Gesinnungsmerkmale durch das Gesetz ist es nicht möglich, ein System zu bilden. Es ist offenkundig, daß solche verschiedenartige Fälle, wie die oben erwähnten, obwohl sie alle die Tätergesinnung zeigen, sich nicht einheitlich einordnen lassen. Der Oberbegriff der Gesinnung gibt uns nur das gestzliche Leitmotiv, er hilft uns aber nicht dazu, abstrakt, einheitlich und systematisch die Gesinnungsmerkmale einzuordnen. denn die Gesinnung, wie schon gesagt, ist das positive oder negative Urteil über die Persönlichkeit, wie es sich aus der Einstellung, der Willensrichtung und der Entschlußbildung eines Menschen ergibt. Als solche an sich hat die Gesinnung gewiß große kriminologische Interesse, steht sie aber außerhalb des Bereiches des Strafrechts oder bes-

ser gesagt, ist die Gesinnung an sich nicht strafbar, ist sie aber relevant für das Schuldurteil und die Strazumessung. Aber wo das Gesetz zur Tatbestandsbildung Merkmale benutzt, die durch die einzelne konkrete Tat die Gesinnung des Täters erscheinen lassen, wird nicht die Gesinnung selbst zum Tatbestandsmerkmal qualifiziert, sondern sie bezeichnet bloß den Handlungsunwert, der als solcher auch kein spezielles Tatbestandsmerkmal, sondern das Leitbild des Tatbestandes ist. Spezielle Tatbestandsmerkmale, unabhängig von einem jeden Oberbegriff, den sie zum Ausdruck bringen, hängen nur von dem Tatbestand ab. Es gibt Tatbestände, wie z.B. § 315c Abs. 1 Nr.2, die sich nur aus Gesinnungsmerkmalen konstruieren lassen. Wenn wir z.B. der Ansicht folgen, die Gesinnungsmerkmale seien Schulmerkmale, können wir ernsthaft behaupten, daß solche Tatbestände nur Schuld und kein Unrecht umfassen? Umgekehrt, wenn wir die Ansicht verfolgen, die Gesinnungsmerkmale seien Unrechtsmerkmale, erheben sich dogmatische sowie praktische Schwierigkeiten bei Fällen, wo das Gesinnungsmerkmal bloß eine Schätzung des gesamten Tatgeschehens des Grundtatbestandes widerspiegelt und, ohne den Deliktytypus zu ändern, dieselbe Tat unter einen anderen Strafraum stellt.

Um einen Ausweg aus den Widersprüchen der abstrakten Betrachtung der Gesinnungsmerkmale zu finden, ist ein Teil der Lehre neuerdings zu der Theorie gekommen, nach der die Gesinnungsmerkmale doppelfunktionelle Tatbestandsmerkmale sind.¹² So z.B. sind die Gesinnungsmerkmale nach Schmidhäusers neueren Ansicht¹³ Schuldmerkmale, aber einige haben auch eine Unrechtsseite.¹⁴ Abgesehen davon, daß solche Doppeldeutigkeitstheorien immer das Geständnis und zugleich das Allheilmittel für den Mißerfolg einer einheitlichen systematischen Einordnung sind, sind sie nicht immer deutlich und ordnen sie ohne Rücksicht auf den konkreten Tatbestand die Gesinnungsmerkmale in dieser oder jener Kategorie ein. Weiter fällt auf, daß sie nicht klar genug machen, welche von den beiden Naturen in jedem Fall die überwiegende ist.

Die Gesinnungsmerkmale stellen eine Entdeckung der Strafrechts-

12. Langer, Das Sonderverbrechen, 1972, S. 346ff, Schmidhäuser, S. 455, 246.

13. Schmidhäuser, S.455, während er früher, die Gesinnungsmerkmale, S. 217ff, die Ansicht vertrat, die Gesinnungsmerkmale seien Schuldmerkmale.

14. Hardwig, in ZStW, 68, S. 14ff, 31ff, geht noch weiter und vertritt die Meinung, alle Gesinnungsmerkmale gehören sowohl zum Unrecht als auch zur Schuld.

wissenschaft dar, deren dogmatische Bearbeitung und Einordnung im Hinblick auf den konkreten Fall große Schwierigkeiten bereiten kann. Sie bilden einen feinen flexiblen Begriff und lassen deshalb den Gesetzgeber in ihrem Gebrauch einen weiteren Spielraum als andere Tatbestandsmerkmale; gleichwohl lassen sie sich je nach der Formulierung des zugehörigen Gesamttatbestandes gestalten. Denn, wie schon gesagt, aus dem allgemeinen Gesinnungsbegriff ergibt sich nur der Grad der Vorwerfbarkeit eines geistigen Verstoßes gegen ein Sollen, der bei allen strafbaren Gesetzesübertretungen als Schuld dem Täter zuzumessen ist. Es sollte aber schon klar sein, daß man nicht ohne weiteres diese außertatbestandliche Rolle des Gesinnungsbegriffs mit dem Fall gleichstellen kann, wo die Störung der geschützten Interessen der Rechtsordnung erst durch die subjektiven Beziehungen des Täters zur Tat Leben bekommt. In diesem Fall ist der Bewußtseinsinhalt des Täters die *differentia specifica* zwischen einem strafbaren und einem nicht strafbaren Verhalten, und damit ist er auch Bestandteil des objektiven Tatbestandes des zugehörigen Verbrechens. Und dieser Fall ist aber auch nicht mit dem Fall gleichzustellen, bei dem der Grad der Vorwerfbarkeit des Verstoßes gegen das strafrechtliche Verbot Anlaß zur Strafänderung gibt. Die Natur und die Tragweite eines jeden Gesinnungsmerkmals ist also in concreto und getrennt von jedem allgemeinen Gesinnungsbegriff bei der Auslegung der zugehörigen Vorschrift je nach ihrer systematischen Stellung und Funktion innerhalb des Tatbestandes im Zusammenhang mit der Stelle des zugehörigen Tatbestandes im System des Strafgesetzes zu bestimmen.

Ohne eine abstrakt-generelle systematische Einordnung der Gesinnungsmerkmale prüfen wir im folgenden die Natur und die Tragweite der einzelnen Mordmerkmale. Um sie zum Unrecht oder zur Schuld zählen zu können, müssen wir uns zuerst klar machen, was wir unter Unrecht und Schuld verstehen und wie wir beide abgrenzen.

6. Der Stand der Lehre und der Rechtsprechung

Die Behandlung der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag durch die Lehre ist eine höchst streitige Frage. Die vertretenen Meinungen können wir in zwei Gruppen einordnen; die eine, die einen qualitativen Unterschied und damit zwei unabhängige Verbrechen an-

nimmt und die andere, die in der Unterscheidung nicht mehr als eine unselbständige Abwandlung mit einem nur quantitativen Unterschied sieht.

a. Binding

Die zu der ersten Gruppe gehörenden Ansichten bestimmen beide Tatbestände positiv, so daß Mord und Totschlag einen verschiedenen Unrechtsgehalt bekommen. Binding,¹ der sich zur Bekräftigung seiner Ansicht auch auf historische Argumente beruft, lehrt, daß beide Verbrechen, Mord und Totschlag, sich nicht durch verschiedene Vorsatzarten, die es nicht geben könne, sondern durch einander ausschließende und der Entstehungsgeschichte des Vorsatzes entnommene Strafbarkeitselemente unterscheiden.² Die Überlegung ist also kein persönliches Merkmal, sondern sie beschreibt, wie auch die Mordmerkmale des altdeutschen Rechts, eine verbrecherische Verhaltensweise, nämlich ein anderes Verbrechen. Der Täter, so argumentiert Binding, kennt gar wohl die Schwere seines Handelns, und trotzdem handelt er so. Deshalb wird der Beteiligte an einer vorsätzlichen Tötung wegen Mitäterschaft oder Teilnahme am Mord bestraft, selbst wenn die Voraussetzungen des Mordes bei ihm nicht vorliegen.

b. Hälschner

Hälschner³ argumentiert anders. Für ihn werden sowohl Mord als auch Totschlag, auch wenn das Gesetz diese seinem Wortlaut nach negativ bestimmt, durch positive Merkmale bezeichnet. Wenn das Gesetz den Totschlag als die nicht mit Überlegung (§212 StGB a.F.) begangene vorsätzliche Tötung bestimme, sei darunter nichts anderes als die im Affekt begangene Tötung zu verstehen, "weil es eine vorsätzliche Tötung, die weder mit Überlegung noch ohne Überlegung verübt wäre, nicht gibt".

Da nun jede menschliche Handlung ihren Ursprung im Affekt nimmt, weil sie einen gewissen Grad von Gefühlserregung voraussetzt, was aber die Überlegung nicht ausschließt, die vielmehr dadurch verursacht

1. Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Bd. 1, S. 27, ders., Die die Normen und ihre Übertretungen, Bd. 2, S. 50ff.

2. Lehrbuch, Bd. 1, S. 35

3. Hälschner, Allgemeines deutsches Strafrecht, Bd. 2, S. 35

4. Hälschner, a.a.O., S. 35-36

wird,⁵ versteht das Gesetz unter dem Ausdruck "nicht mit Überlegung" nicht jeden Affekt, sondern einen so heftigen Jähzorn, daß er die kaltblütige Überlegung ausschließt; ein völliges Fehlen der Überlegung würde nämlich auch das Fehlen einer jeden Handlung mit sich bringen.⁶ So kommt Hälschner zu dem Schluß, jede nicht in einem solchen Affektzustand begangene Tötung sei Mord, und daher bestimme das Gesetz, insofern jeder Affekt die Überlegung nicht ausschließt, richtig den Totschlag nicht als die im Affekt begangene Tötung, sondern als die nicht mit Überlegung begangene.⁷

Durch diese Argumentation hat Hälschner, ohne aber das zu erkennen, die Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag im herkömmlichen Sinne fallengelassen, weil, da er alle Tötungen in den Mord und nur Ausnahmefälle in den Totschlag einordnet, Mord für ihn keine Qualifizierung der gemeinen vorsätzlichen Tötung ist, sondern er selbst die gemeine vorsätzliche Tötung ist.

Die konsequente Folge davon ist, daß es keinen Unterschied zwischen der gemeinen vorsätzlichen Tötung und dem Mord gibt und es sich um eine einheitliche Vorschrift handelt, wobei der Totschlag eine privilegierte Abwandlung ist, wie Radbruch später in seinem im Jahre 1922 veröffentlichten Entwurf⁸ vorgeschlagen hat.

c. Der BGH

Die vorerwähnten Lehren, die den Mord und den Totschlag als zwei verschiedene und selbständige Verbrechen betrachten, sind heute, wenigstens unter den Gesetzgebungen, die das psychologische Unterscheidungskriterium verworfen haben, nicht vertretbar. Und es ist merkwürdig, daß der BGH heute, obwohl die Lehre, trotz des Streites über den Grundtatbestand, einstimmig annimmt, daß es sich um ein Grunddelikt und eine Abwandlung handelt, den Mord und den Totschlag als zwei von einander völlig verschiedene und selbständige Verbrechen betrachtet.⁹

Demzufolge hält der BGH die Mordmerkmale der neuen Fassung des § 211 StGB für echte Tatbestandsmerkmale,¹⁰ deren objektive Verwirk-

6. Hälschner, a.a.O., S. 37

7. Hälschner, a.a.O., S. 38

8. §§ 218-219

9. BGH, 1/368 vom 9.11.1951

10. BGH, 2/22.

lichung allein ohne weitere Prüfung des konkreten Falls daraufhin, ob die Tat die besondere Verwerflichkeit des Mordes zeigt, für die Verurteilung wegen Mordes genügt.¹¹ Zur Bekräftigung seiner Ansicht bringt der BGH auch das Argument, der Raub sei auch mit dem Diebstahl verwandt, aber niemand habe behauptet, daß der Raub Qualifizierung des Diebstahls sei.

Diese Argumentation des BGH ist verfehlt. Der Tatbestand des Raubes unterscheidet sich vom Diebstahl nicht durch Schuldmerkmale, sondern er enthält ein anderes Tatbestandsmerkmal, nämlich die Gewalt oder die Bedrohung, die schon für sich betrachtet Straftaten sind. (§§ 240-241 StGB)

Wenn die Sache sich so verhielte, wie der BGH sie betrachtet, dann könnte der Gesetzgeber auch Mordabwandlungen, wie er sie beim Raub trifft (schwerer Raub, § 250 StGB), z.B. Mord unter mildernden Umständen schaffen. Aber ein solcher Mord ist der Totschlag selbst. Und hier könnte man fragen, ob die Tötungsfälle, die nach dem Gesetz Morde sind, straflos blieben, wenn der Gesetzgeber den Mordparagraphen abschaffte. Natürlich nicht. Denn sie fielen automatisch unter den Totschlag,¹² was der BGH auch, aber inkonsequent, annimmt, wenn er sagt,¹³ daß, falls die erschwerenden Umstände nicht erfüllt werden, Totschlag vorliegt. Wie könnte der Mord aber auch den Unwert des Totschlags umfassen, wenn sie zwei verschiedene und selbständige Verbrechen wären?¹⁴

Man könnte auch, wenn man konsequenterweise dem BGH folgt, tateinheitliches Zusammentreffen zwischen Mord und Totschlag annehmen.¹⁵ Das wäre aber paradox. Das läßt sich an folgenden Fall zeigen: Wenn der Täter einer vollendeten vorsätzlichen Tötung vorher versucht hatte, sein Opfer in Arg- und Wehrlosigkeit zu bringen, dann läge Idealkonkurrenz zwischen versuchtem Mord und vollendetem Totschlag vor.¹⁶ Eine solche juristische Konstruktion könne aber auch durch die strengste und dogmatisch weltfremdeste Begriffsjurisprudenz nicht plausibel gemacht werden.¹⁷

11. BGH, 3/183, 3/184, 3/330, 6/330, 9/385, 11/139, 22/227, BGH 4. STRS vom 16.11. 1951, in NJW, 1951, S. 204

12. v. Weber, Teilnahme an Mord und Totschlag, in MDR, 1952, S. 265

13. BGH 6/329

14. Vgl. Engisch, Zum Begriff des Mordes, in GA, 1955, S. 166

15. Vgl. v. Weber, in MDR, 1952, S. 265

16. Vgl. Schaffstein, in H. MayerFest., S. 422

17. Vgl. Sax, in ZStW, 64, S. 397

Gewiß kommt der BGH nicht zu solchen Ergebnissen; aber das ist inkonsequent im Hinblick auf seine Grundansicht. Ein Gebiet, wo sich die Inkonsequenz des BGH deutlich zeigt, ist die Teilnahme. Für die Beurteilung ob der Teilnehmer an einem Mord oder an einem Totschlag teilgenommen hat, ist es von entscheidender Bedeutung, welche Ansicht man über das Verhältnis von Mord und Totschlag vertritt. Gemäß der Ansicht des BGH muß der Teilnehmer, wenn der Täter wegen Mordes verurteilt wird, auch wegen Teilnahme am Mord verurteilt werden, weil die Mordmerkmale nach dieser Ansicht strafbegründend sind und zu dem objektiven Tatbestand gehören. Der BGH behandelt aber auch hier inkonsequenterweise den Mord als quantitative Abwandlung des Totschlags, wenn er zwischen täter- und tatbezogenen Mordmerkmalen unterscheidet und die Akzessorietät nur bei den tatbezogenen anwendet,¹⁸ während er bei den täterbezogenen den § 28 Abs. 1 anwendet.¹⁹

Die zu der zweiten Gruppe gehörenden Ansichten betrachten den Mord als eine unselbständige Qualifizierung des Totschlags und bejahen nur einen quantitativen Unterschied. Dies ist auch die herrschende Meinung. Auf den quantitativen Unterschied hin können wir die Ansichten dieser Gruppe in zwei Untergruppen einteilen: diejenigen die zwischen Mord und Totschlag einen quantitativen Unrechtsunterschied sehen und diejenigen, die die Unterscheidung zwischen diesen Tötungsarten als quantitative Schuldunterschied betrachten. Fast alle Autoren deren Ansichten zu dieser Gruppe gehören, beschäftigen sich nicht mit dem Problem der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag an sich, sondern sie betrachten es aus der Sicht des geltenden Rechts.

d. Welzel

Welzel hat die Ansicht, daß der Mord eine unselbständige Qualifizierung des Totschlags sei, am besten und ausführlichsten begründet. Anlaß für Welzel, um sich mit dem Problem zu beschäftigen ist die Kritik, die er an der Rechtsprechung des BGH übt. Wie wir gesehen haben, betrachtet der BGH den Mord und Totschlag als zwei verschiedene

18. BGH, 1/370, 2/255, 22/357, 25/289

19. BGH 22/278, 23/39, 23/103, 22/375. Siehe Engisch, in GA, 1955, S. 166. Daß die Anwendung des § 28 Abs. 1 beim Mord falsch ist, siehe unten S.

und selbständige Delikte. Welzel bejaht zwar den Unrechtsunterschied, er behauptet aber, daß er nicht qualitativ, sondern nur quantitativ sei²⁰

Welzels Argumentation für die Begründung seiner Auffassung ergibt sich aus der von ihm vertretenen finalen Handlungslehre. Für ihn ist jedes menschliche Handeln Zwecktätigkeit.²¹ Deshalb gehören alle subjektiven Elemente, wie Vorsatz, Motive, Absichten, Gesinnungsmerkmale, täterschaftliche Handlungsmomente, die "den sozialetischen Gehalt der Handlung in einem bestimmten Sinne färben"²² und im allgemeinen alles, was die Tat als "sozialetisch unrein und verwerflich" erscheinen läßt, zum Unrecht. Selbst der Vorsatz, der nach der klassischen Lehre eine der Schuldformen ist, ist für ihn ein wesentliches Element des Unrechtstatbestandes.²³

Zur Schuld gehören nur die Merkmale, die ausschließlich den Grad der Vorwerfbarkeit und der Verantwortung kennzeichnen.²⁴ Gesinnungsmerkmale aber, wie die des Mordtatbestandes, bezeichnen spezielle seelische Zustände und Ziele, "weshalb auch Schuldunfähige mit diesen besonderen Gesinnungsmerkmalen handeln können"²⁵ und nicht einen besonderen Grad der Verantwortung des Täters für seine Tat.²⁶

So sind nach dieser Handlungslehre die Mordmerkmale, wie auch alle Gesinnungsmerkmale, subjektive Unrechtselemente, weil sie der Tötungstat einen bestimmten größeren sozialetischen Unwert verleihen. Dieser Welzelschen Auffassung könnte man sogar mit Einwänden aus dem Strafbarkeitssystem des geltenden Rechts entgegentreten. Der entschuldbare Notstand, (z.B. jemand tötet, um sein Kind aus einem Lebensgefahr zu retten) schließt nach §53 Abs.1 StGB die Schuld und nicht das Unrecht aus. Wird die Tat aber nicht auch dadurch sozial-etisch gefärbt?²⁷

e. v. Weber

Fast die gleiche Argumentation vertritt v. Weber²⁸ Auch er ver-

20. Welzel, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S.265

21. Welzel, Lehrbuch, S. 265

22. Welzel, a.a.O., S. 61, 77ff, ders. Um die finale Handlungslehre, 1949, S.13

23. Welzel, a.a.O., S. 64-65

24. Welzel, a.a.O., S. 79

25. Welzel, a.a.O., S. 79

26. Welzel, a.a.O., S. 79

27. Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale, S.154

28. v. Weber, Teilnahme an Mord und Totschlag, in MDR, 1952, S. 265ff

neint die Selbständigkeit von Mord und Totschlag, und er lehrt, daß beide Tatbestände dem Sachverhalt gemäß voneinander abhängig seien, weil beide vorsätzliche Tötungen seien, von denen Mord diejenige sei, die durch weitere Merkmale bezeichnet werde, so daß der eine Tatbestand eine Abwandlung des anderen sei. Merkwürdigerweise aber sagt er, daß, um eine vorsätzliche Tötung als Mord oder Totschlag zu qualifizieren, zuerst geprüft werden müsse, ob die Mordmerkmale vorliegen und der Totschlag nur im negativen Fall bejaht werden dürfe.²⁹ Damit meint er, ohne das klar zu sagen, wie Eb. Schmidt,³⁰ daß der Totschlag eine Privilegierung des Mordes sei.

v. Weber kritisiert Langes Ansicht, daß die Mordmerkmale Schuldmerkmale seien. Die Schuld, lehrt er, ist die Vorwerfbarkeit, die aber auch die Schwere der Tat umfaßt. Das ist logisch notwendig, wenn man dem Täter seine Tat vorwerfen will. Zur Schuld gehört, was den persönlichen Vorwurf gegen den Täter betrifft. Zum Unrecht dagegen gehören alle Merkmale, die die Größe der Tatschwere bestimmen. Deswegen muß zur Beurteilung, ob es sich um Schuld oder Unrecht handelt, geprüft werden, ob die Tatbestandsmerkmale, seien es objektive oder subjektive, die Größe des sozialetischen Handlungsunwerts beeinflussen, was aber auch die Motive und die Absichte des Täters tun. Auf die Tat, sagt v. Weber, legt man Wert, wenn man über Raubmord oder Lustmord spricht und nicht auf den Täter.

Wenn also die sozialetische Bedeutung der Tat durch Motive, Absichten und sonstige Elemente, die die Gesinnung des Täters offenbaren, bestimmt wird, sind diese Elemente genügend für einen sachlichen Unterschied zwischen den betreffenden Tattypen. Dadurch kommt v. Weber zu dem Schluß, daß die Mordmerkmale echte Unrechtstatbestandsmerkmale seien, die die Tat bezeichnen und deshalb sei die Ansicht des BGH, § 50 a.F. (§§ 28-29 n.F.) StGB finde bei der Teilnahme an Tötungsdelikten keine Anwendung, richtig.³¹

f. Mezger

Den gleichen Weg geht auch Mezger. Er hält den Mord für eine qualifizierte Abwandlung des Totschlags,³² jedoch betrachtet er die Mord-

29. v. Weber, in MDR, 1951, S. 265

30. Eb. Schmidt, Zur Lehre von der Tötungsdelikten, in DRZ, 1949, S. 241

31. v. Weber, in MDR, 1951, S. 265.

32. Mezger, Kurzlehrbuch, BT, 7. Aufl., 1960, S. 13, Mezger-Blei, 10. Aufl., 1976, S. 19

merkmale als subjektive Unrechtselemente, die als solche echte Tatbestandsmerkmale sind. Wenn eine Qualifizierung durch solche Merkmale durchgeführt wird, handelt es sich um einen anderen Tatbestand, der durch eine Steigerung des Unrechtsgehaltes wegen subjektiver Elemente gebildet wird.³³

g. Maurach

Maurach kritisiert³⁴ die schlechte Fassung und Terminologie des Gesetzes. Insbesondere hält er die Formulierung des § 212 für völlig mißglückt, weil § 212, obwohl er den Grundtatbestand bzw. die gemeine vorsätzliche Tötung umfaßt, als Totschlag bezeichnet wird, der aber eine Privilegierung der vorsätzlichen Tötung ist. Der Totschlag setzt, wie der Wortlaut selbst zeigt, einen Jähzorn voraus und deshalb wird der wirkliche Totschlag in § 213 erfaßt. So hat Mord keine Selbständigkeit, sondern, wie § 213 eine Privilegierung des § 212 ist, ist er auch eine Qualifizierung des § 212 mit einem quantitativen Unrechtsunterschied.³⁵

Nach Maurachs Ansicht sind die Umstände, die gesetzlich eine vorsätzliche Tötung zum Mord qualifizieren, echte Tatbestandsmerkmale;³⁶ entweder subjektive, wie die Absichtsmerkmale (Ermöglichung oder Verdeckung einer anderen Straftat) und die Motive (Tötung aus Mordlust, aus Habgier, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes oder aus sonstigen niedrigen Beweggründen), die keine Kongruenz auf dem Gebiet des objektiven Tatgeschehens voraussetzen, oder objektive, wie die Begehungsmerkmale (heimtückisch, grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln), die von dem entsprechenden Vorsatz völlig umfaßt werden müssen.

h. Otto

Alle vorerwähnten Autoren gehören zu der älteren Generation unter den Strafrechtlern der Nachkriegszeit. Neuerdings aber wiederholt Otto ihre Grundpositionen. Obwohl Otto anerkennt, daß die Verletzung des Rechtsgutes des Lebens immer dieselbe ist,³⁷ rechtfertigt er trotz-

33. Mezger, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950, S. 24.

34. Maurach-Schröder, BT, Teilbd. 1, S. 24.

35. Maurach-Schröder, BT, Teilbd. 1, S. 24.

36. Maurach-Schröder, BT, Teilbd. 1, S. 31.

37. Otto, *Strafrecht*, BT, 1977, S. 25.

dem die Unterscheidung durch sozialetischen Betrachtungen. Je mehr oder weniger wichtig, verständlich oder dringend der Impuls des Täters ist, desto mehr oder weniger verwerflich und unerträglich ist die verursachte Verletzung, und der Umfang dieser Verletzung bestimmt wiederum die Größe des begangenen Unrechts. "Die Relation zwischen Anlaß zur Tat und ihren Folgen bestimmt die Quantität des verwirklichten Unrechts".³⁸

So kommt Otto zu einer quantitativen Abstufung des Unrechts, zwischen den vorsätzlichen Tötungsformen, je nach der Verwerflichkeit des Impulses des Täters und er bestimmt den Mord als die vorsätzliche Tötung, die einen krassen und primitiven Egoismus offenbart, weil zwischen dem Anlaß zur Tat und ihren Folgen eine unerträgliches Mißverhältnis besteht, das davon herrührt, daß der Täter nicht einmal an dem Minimum sozialer Verbundenheit festgehalten hat.³⁹ Deshalb sind alle Mordmerkmale, die eine solche Verwerflichkeit zum Ausdruck bringen, Unrechtsmerkmale, selbst wenn sie die Persönlichkeit und die Gefährlichkeit des Täters bezeichnen. Allerdings sind und bleiben sie vertypete Tatbestandsmerkmale.⁴⁰

Ob Otto mit dieser, allerdings etwas unklaren, Argumentation zu der qualitativen und nicht zu der quantitativen Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag kommen sollte, ist fraglich.

Wie man sieht, sind die meisten der vorerwähnten Autoren in der Behandlung des Themas von der finalen Handlungslehre beeinflusst. Der aufmerksame Beobachter dieser Ausführungen kann aber bemerken, daß sich der Schluß auf das Gegenteil dessen, was sie anfänglich beweisen wollten, leicht ziehen läßt. Alle kritisieren, und sogar scharf, den BGH für seine Ansicht, aber durch die Anerkennung eines unterschiedlichen Tatbestandes, sei es auch nur der Qualifizierung mit anderem Unrechtsgehalt, müßten sie eigentlich zur gleichen Ansicht wie der BGH über die Beziehung zwischen Mord und Totschlag kommen. Denn die Unrechtsverschiedenheit schafft eine neue Verbrechensart, und sie rechtfertigt nicht die Diskussion über die Anwendung der §§ 28-29 StGB bei der Teilnahme an vorsätzlichen Tötungsdelikten, weil die Akzessorietät dann wegen der strafbegründenden Natur der Mordmerkmale uneingeschränkt bestehen bleibe. Es ist von keinerlei Bedeutung, ob einige Mordmerkmale täterbezogen sind, weil sie auch

38. Otto, BT, S. 19, ders., in ZStW, 83, S. 43ff

39. Otto, BT, S. 21

40. Otto, BT, S. 25

nach dieser Lehre die Tat bezeichnen.

Diese den Ausgangsüberlegungen widersprechenden Ergebnisse beruhen auf die Tatsache, daß die vorerwähnte Autoren einerseits konsequent der finalen Handlungslehre folgen, andererseits auch nicht scharf mit dem allgemeinen Rechtsgefühl kollidieren wollen, was zwangsläufig zu den geschilderten Ungereimtheiten führt.

j. Beling

Die andere Tendenz, die den quantitativen Unterschied zwischen Mord und Totschlag in einem Schuldunterschied sieht, ist konsequenter. Beling lehrt,⁴¹ daß alle Mordmerkmale und ebenso die Tatausführungsmerkmale, weil sie die gefährliche Persönlichkeit des Täters offenbaren, Schuldmerkmale sind. Mord und Totschlag sind in Wirklichkeit ein und derselbe Tatbestand und unterscheiden sich nur durch die Schuldabstufung. Mord und Totschlag sind für Beling das Hauptbeispiel des Falls, wonach der Schuldunterschied von entscheidender Bedeutung für die Anwendung dieser oder jener Strafvorschrift ist, und so sieht er die Anwendung des § 50 a.F. (§§ 28-29 n.F.) StGB für die Teilnahme an vorsätzlichen Tötung als selbstverständlich an.

i. Engisch

Engisch sagt⁴² ungefähr dasselbe und fügt dem hinzu,⁴³ daß gewiß "der Unrechtsgehalt von Mord und Totschlag allenfalls teilweise verschieden, namentlich bei der gemeingefährlichen vorsätzlichen Tötung, ist. Aber insoweit diese Verschiedenheit im Unrechtstatbestand anzutreffen ist, kann man doch sagen, sie wäre für sich allein kein hinreichender Grund für den Gesetzgeber gewesen, Angelpunkt der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag zu werden".

Engisch übt scharfe Kritik am BGH und an allen, die die Unterscheidung als Unrechtsunterschied, sei es auch quantitativ, verstehen und wirft dem Gesetzgeber vor, daß er nicht klar dargestellt habe, was er sagen wollte.⁴⁴

41. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, Neudruck, 1964, S. 44

42. Engisch, Zum Begriff des Mordes, in GA, 1955, S. 161ff.

43. Engisch, in GA, 1955, S. 166

44. Engisch, in GA, 1955, S. 167

k. Schröder

Schröder geht noch weiter und sieht im § 211 StGB nicht nur Schuldmerkmale, sondern Strafzumessungsregeln.⁴⁵ Er geht davon aus, daß es sich um den gleichen Tatbestand wie den des Totschlags handelt. Das Entscheidende ist die Tötung eines anderen Menschen. Ob nun der Täter heimtückisch oder grausam oder aus Habgier tötet, ist für den Tatbestand uninteressant. Diese Merkmale lassen eine gefährliche und verabscheuungswürdige Persönlichkeit erkennen und sie Beeinhalten einen besonders schweren Fall eines einheitlichen Delikts "So verstanden bilden die §§ 211-212 StGB ein einziges Delikt und letzten Endes einen einzigen Tatbestand, dessen Mittelstück der als Totschlag bezeichnete Fall ist, weil er de facto dazu bestimmt ist, die große Menge der Tötungsdelikte auszufangen, und die Mindestvorsetzungen des Unrechts enthält".⁴⁶

Demgemäß wäre eine generelle und einheitliche Strafvorschrift über die vorsätzliche Tötung genügend,⁴⁷ aber der Gesetzgeber wollte dem Richter nicht ohne jedes Kriterium die volle Verantwortung für die Verhängung der schwersten Strafe im Einzelfall übertragen. Dies wäre wirklich untunlich, und deswegen ist die gesetzliche Tötungsabstufung wünschenswert, weil sie im konkreten Fall gesetzliche Strafzumessungskriterien gibt.⁴⁸ Nach der Abschaffung der Todesstrafe aber ist jede Unterscheidung sinnlos, weil eine besonders schwere vorsätzliche Tötung, die nicht die Mordmerkmale des § 211 trägt, nach § 212 Abs. 2 ebenfalls mit lebenslanger Freiheitsentziehung bestraft werden kann.⁴⁹

An Schröders Ansicht wurde scharfe Kritik geübt.⁵⁰ Insbesondere betonten die Kritiker, daß die Mordmerkmale benannte Strafänderungsgründe seien, daß der Mordtatbestand durch diese Betrachtungsweise unbestimmt und daß dadurch das Prinzip nullum crimen, nulle poena sine lege aufgehoben werde.

45. Schröder, Der Aufbau der Tötungsdelikte, in SJZ, 1950, S. 562, der., Zur Teilnahme an Tötungsdelikten, in NJW, 1952, S. 650

46. Schröder, in SJZ, 1950, S. 563.

47. Schröder, in SJZ, 1950, S. 563

48. Vgl. Graf Gleispach, Tötung, in Das kommende deutsche Strafrecht, BT, 2. Aufl., 1936, S. 255

49. Schröder, in SJZ, 1950, S. 564

50. Welzel, Abhandlungen, S. 270f, und in JZ, 1952, S. 74, Sax in, ZStW, 64, S. 397.

Auf diese Kritik antwortete Schröder,⁵¹ daß das Prinzip nullum crimen, nulla poena sine lege die Voraussetzungen, das Ob und das Wie der Strafe und nicht auch ihr Ausmaß betreffe.⁵² Einerseits werde der Umfang der Strafe für jedes Verbrechen nach oben und nach unten vom Gesetz fest begrenzt, allerdings seien alle Strafe außer der Mordsrtafe relativ und nicht absolut bestimmt, andererseits beruhe die Strafzumessung nicht nur auf dem Unrecht, sondern auch auf anderen Elementen des konkreten Falls, die für eine mildere Strafe sprechen, was aber unter der absoluten Mordstrafe nicht erreichbar sei. Außerdem könne der Gesetzgeber im Rahmen derselben Vorschrift dem Richter durch Strafzumessungsregeln Zumessungskriterien und - richtlinien geben.⁵³ Dies sei eine legitime Tatbestandsgestaltungsmöglichkeit, die die Rechtsstaatlichkeit nicht gefährde. Der Gesetzgeber habe mehrere Tatbestandsgestaltungsmöglichkeiten, jede mit ihre Vor- und Nachteilen, von denen er diejenige mit den geringeren Nachteilen wählen könne.⁵⁴

1. Lange

Fast zu demselben Ergebnis kommt auf anderem Weg auch Lange.⁵⁵ Lange beschäftigt sich mit dem Problem der vorsätzlichen Tötung in Beziehung auf die Teilnahme an Tötungsdelikten. Lange hält den Totschlag für den Grundtatbestand⁵⁶ und prüft, ob die Mordmerkmale von strafbegründenden oder von strafschärfenden Natur sind. Das Ergebnis seiner Analyse ist, daß der äußere Eindruck, die Mordmerkmale seien tatbezogen, täuscht.⁵⁷ Die Tatbezogenheit würde eine Unrechtssteigerung bedeuten, aber das Unrecht der vorsätzlichen Lebensvernichtung könne nicht abgestuft werden.⁵⁸

Aus einer vertiefenden Analyse, sagt Lange, ergebe sich, daß jedes einzelne Mordmerkmal gegenüber dem Totschlag seiner Natur nach Schuldsteigerungsmerkmal sei, da die Mordmerkmale eine besonders verwerfliche und gefährliche Persönlichkeit zum Ausdruck brächten. Damit werden für Lange die beiden nicht voneinander zu trennenden

51. Schröder, Gesetzliche und richterliche Strafzumessung, in MezgerFest., S. 415ff, ders., Zur Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag, in JZ, 1952, S. 526ff.

52. Schröder, in MezgerFest, S. 416

53. Schröder, in MezgerFest, S. 417

54. Schröder, in MezgerFest, S. 428

55. Lange, Die Schuld des Teilnehmers, insbesondere bei Tötungs- und Wirtschaftsdelikten, in JR, 1949, S. 165ff.

56. Lange, in LK, Vor. zu § 211, Rdnr. 6.

57. Lange, in LK, § 211 Rdnr. 2

58. Lange, in JR, 1949, S. 171

Beweise erbracht, "daß persönliche Eigenschaften und Verhältnisse im Sinne des § 50 (18-19n.F) StGB vorliegen und daß die Heraushebung des § 211 aus dem allgemeinen Delikt der vorsätzlichen Tötung, gleichviel ob man den Mord als *delictum sui generis* auffaßt oder nicht, die Abschichtung strafschärfender Umstände im Sinne des § 50 bedeutet".⁵⁹

Langes Schluß ist, daß man wegen Mordes nicht schon bestraft werden darf, wenn man bloß ein Mordmerkmal verwirklicht hat, sondern die Tat muß daneben auch als besonders verwerflich zu bewertet sein: "Über die Subsumtion unter diese Merkmale hinaus muß die Tat auch unter Würdigung der Einstellung des Täters zu ihr als besonders verwerflich gewertet sein".⁶⁰

Die Schuld ist also nach der obigen Ansicht die Grundlage der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag und deshalb sind beide Verbrechen ein und derselbe Tatbestand. Daraus ist aber der Schluß zu ziehen, was die Autoren dieser Gruppe außer Schröder nicht machen, das die Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag ganz überflüssig ist. Nun erheben sich zwei Fragen:

- 1) Ist der Gesetzgeber so unaufmerksam und geschwätzig, daß er wiederholt, was er im Allgemeinen Teil fast mit den gleichen Merkmalen für die Strafzumessung (§ 46) angeordnet hat?
- 2) Der Richter muß, um die Schuld und damit die Strafe des Täters einer gemeiner vorsätzlichen Tötung zuzumessen, nach § 46 auch die Absichten und die Gesinnungsqualität des Täters sowie auch die Art der Tatausführung berücksichtigen. Wenn der Mordtatbestand aber die bloße quantitative Schulderhöhung widerspiegelt, dann sind die Mordmerkmale zwangsläufig nicht erschöpfend, sondern lediglich eine regelbeispielhafte Kasuistik des § 212 Abs. 2, was aber keiner von den Autoren, die unter dem Mord eine Schulderhöhung des Totschlags verstehen, zu behaupten wagt.

7. Die hier zugrundeliegende Unrechts- und Schuldauffassung

Die Grenzlinie zwischen Unrecht und Schuld ist auch heute nicht leicht zu ziehen. Alle vertretenen Lehrsysteme unterscheiden sich,

59. Lange, in JR, 1949, S. 169, Kohlrausch-Lange, 43. Aufl., 1961, S. 475

60. Lange, in JR, 1949, S. 170

1. Würtenberger, Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, 1957, S. 57

ohne die Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld an sich in Frage zu stellen, je nach dem Inhalt, den sie diesen Verbrechenskategorien geben, mit der Folge, daß sie die einzelnen Elemente der Strafvorschrift auf verschiedene Weise einordnen.²

Gemeinsamer Ausgangspunkt³ aller vertretenen Lehrmeinungen ist, daß eine menschliche Verhaltensweise nur dann strafrechtlich relevant wird, wenn sie objektiv rechtswidrig ist, wenn die äußere Tat gegen eine Strafvorschrift verstößt. Damit ist der Grundsatz gemeint, daß der Schuldvorwurf nur im Bezug auf eine schon begangene tatbestandsmäßig-rechtswidrige Tat erhoben werden kann und daß innere Momente, wie die Einstellungen oder die Persönlichkeitsqualität des Täters, an sich ohne Bedeutung für die objektive Rechtswidrigkeit sind. Die Lehrsysteme trennen sich erst in der Auffassung, was eine tatbestandsmäßig-rechtswidrige Tat ist. Hier erhebt sich die Frage, ob wir darunter ein wertfreies Ereignis, eine bloße verbotswidrige Änderung in der äußeren Welt verstehen oder ob wir die objektiv rechtswidrige Tat als spezifisch menschliches Verhalten erfassen und bereits im Bereich des objektiv Rechtswidrigen alle sie begleitenden voluntativ-intellektuell handlungsbestimmenden Momenten prüfen sollen.⁴ Es geht um die Frage, ob man Unrecht und Schuld nach den Kriterien des Objektiven und Subjektiven trennen kann.

Um diese Frage streiten sich verschiedene Theorien und Lehrsysteme, die darauf diese oder jene Antwort geben. Es ist nicht möglich im Rahmen dieser Arbeit alle Verbrechensaufbausysteme darzustellen. Allerdings sind sie in ihren Grundzügen Variationen dreier Grundauffassungen.⁵ Die erste und die älteste Grundauffassung differenziert das Unrecht von der Schuld durch eine strenge Trennung zwischen Objektivism und Subjektivism. Nur objektive äußere Elemente bezeichnen die Tat und deshalb gehören sie zum Unrecht, während alle subjektiven Elemente der Schuld angehören. (Liszt-Belingsches System und H. Mayers sog. dialektisch-einheitliches System). Die zweite und heute häufiger und vielfach vertretene Lehre, die auf

2. Maurach-Zipf, AT, Teilbd. 1, S. 185f. Daß die meisten keine Verbrechens- sondern Elementensysteme sind, siehe auch Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1973, S. 42.

3. H. Mayer, Strafrecht, AT, S. 61f.

4. H. Mayer, Strafrecht, AT, S. 62.

5. Maurach-Zipf, AT, Teilbd. 1, S. 186. Eine ausführliche Darstellung dazu bei Schmidhäuser, AT, S. 160ff. Siehe auch Jescheck, AT, S. 163f.

die Materialisierung des Unrechtsbegriffs zurückgeht, hält sich an die herkömmliche objektiv-subjektive Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld, sie lockert aber die starre Differenzierung auf, insofern sie anerkennt, daß bestimmte subjektive Elemente, wie Einstellungen, Absichten u.a. entweder strafbegründend oder strafändernd für das Unrecht relevant sind (M.E. Mayer, Hegler, Mezger, Baumann. Sie liegt den Kommentaren von Schönke-Schröder, Dreher und Lackner zugrunde). Die dritte Grundauffassung geht von der Ontologie der Handlung, die sie sowohl für den Gesetzgeber als auch für den Gesetzesanwender für eine verbindliche Vorgegebenheit hält, und von der Preisgabe der objektiv-subjektiven Differenzierung zwischen Unrecht und Schuld aus und meint, daß alle objektiven und subjektiven Merkmale, soweit sie kein Werturteil über den Täter in sich schließen, zum Unrecht gehören. Selbst der Vorsatz und die Fahrlässigkeit, die der früher übliche juristische Sprachgebrauch als die zwei Schuldformen versteht, werden unter dem Blickwinkel des zielgerichteten Handlungswillens betrachtet und lassen sich deshalb in den Unrechtstatbestand einordnen. Das ist der sog. finalistische Verbrechenssystem, das mit verschiedenen Variationen von Welzel, Maurach, Jescheck, Stratenwerth, Arm. Kaufmann und Wessels vertreten wird.

Alle diese Bemühungen um den Aufbau des Strafrechtssystems bauen ihre Unrechts- und Schuldauflassung auf der sachlogischen Struktur der Handlung auf,⁶ und wie üblich arbeitet jede Lehrmeinung mit einem anderen Handlungsbegriff. Bei der Unrechts- und Schuldauflassung darf jedoch die praktische Bedeutung dieser Streitfrage nicht überschätzt werden. Bei der Bearbeitung derartiger dogmatischer Kategorien und Begriffe sollte man stets davon ausgehen, daß der Zweck und die Existenzrechtfertigung des Strafrechts die möglichst wirkungsvolle und rechtsstaatliche Bekämpfung des Verbrechens ist. Die Bemühungen der Strafrechtsdogmatik sollten sich also auf eine bessere Anwendung des geltenden Strafrechts oder auf ein besseres Strafrecht richten.⁷ Unter diesem Blickwinkel haben typische und

-
6. Für die sachlogischen Strukturen als Vorgegebenheiten des Rechts siehe Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 296ff, Arm. Kaufmann, Probleme rechtswissenschaftlichen Erkennens, in Berl. Universitätstage, 1962, S.145ff, Reinach, Zur Phänomenologie des Rechts, durch das ganze Buch, Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 1962, S. 244ff.
 7. Eine solche kriminalpolitische Bearbeitung der juristischen Verbrechensstufen Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld versucht Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem. Siehe besonders S. 25ff.

und normative Begriffspaare, wie Unrecht-Schuld, Rechtswidrigkeit, Vorwerfbarkeit, Tatbestandsmäßigkeit-Strafwürdigkeit usw. keine selbständige Bedeutung und Funktion, sondern sie sind Stufen der notwendigen Arbeit des Rechtsanwenders, oder besser: sie erleichtern die Arbeit, die genau bestimmen soll, wann ein Verhalten überhaupt strafbar sein kann, ob dieses Verhalten als rechtswidrig zu beurteilen ist, welche Verantwortung dieses rechtswidrige Verhalten begründet, ob es schuldhaft und strafwürdig ist. Sie sind Begriffe, die erst in der Rechtsbetrachtung durch ihren Bezug auf den juristisch-technischen Verbrechensbegriff ihren Inhalt erhalten. Gerade deshalb ist jede Verselbständigung und jede Bemühung um eine selbständige Nutzbarmachung nicht fruchtbar.⁸ Im Gegenteil: die Bemühungen um vermeintlich vorgegebene und verbindliche sachlogische Strukturen führen die Strafrechtsdogmatik zu einem starren und dünnen Begriffsformalismus, der axiologisch-teleologisch farblos ist und insoweit keine Beziehung zum Zweck des Strafrechts, nämlich der besseren Bekämpfung des Verbrechens, hat.

Gewiß ist der Streit zwischen naturalistischer und finalistischer Handlungsauffassung nur scheinbar, weil es sich letzten Endes um die systematische Einordnung der Handlungselemente handelt. Ihr Fehler liegt aber darin, daß sie die Handlungselemente mit juristisch-technischen Begriffen verwechseln, die aber mit der Seinsstruktur der Handlung nichts zu tun haben.

Der übliche Handlungsbegriff, den die Juristen meinen, wenn sie über Handlung sprechen, beinhaltet, daß die Handlung eine vom Verstand gesteuerte Willenstätigkeit ist.¹⁰ Als bewußtes Verhalten hat die Handlung also als Anfang den Entschluß und als Ende die Verwirklichung des Zieles, auf das der Willensinhalt richtet. Das Ziel einer Handlung verleiht dem bloßen psychophysischen Ereignis Sinn, Gestalt und Individualität. Mit anderen Worten: Der Zweck qualifiziert die körperliche Bewegung oder das Abstandnehmen davon zur Handlung. Insofern ist die Handlung, entweder als Tun oder als

8. Eine kriminalpolitische Bedeutung bekommen sie, insofern ihre dogmatische Gestaltung immer die Verwirklichung der Strafrechtsw Zwecke vor Augen hat. in diesem Sinne Roxin, a.a.O., S. 14ff.

9. Treffend dazu Roxin, a.a.O., S. 42. Auch Engisch, in Studium Generale, 1957. S. 187

10. Henkel, a.a.O., S. 252, Engisch, Der finale Handlungslehre, in Kohlrausch-Fgbi, S. 141ff, Arth. Kaufmann, Der ontologische Struktur der Handlung, in H. MayerFgb, S. 122ff, versucht von dem Sein des Menschen den ontologischen Handlungsbergiff herauszuziehen. Vgl. E. Wolff, Die Lehre von der Handlung, in AcP, 170, S. 197ff.

Unterlassen, die in Ort und Zeit bestimmte Verwirklichung eines Wertes oder Unwertes, der auf das Bewußtsein des Handelnden als Anruf zur Verbindung mit einer auf die äußeren Welt existierenden Verwirklichungsmöglichkeit einwirkt.¹¹

Folglich hat die Handlung zwei eng miteinander verbundene und übereinandergreifende Elemente: die Bestimmung und die Ausführung. Die Bestimmung ist das intellektuelle Element, das die Phasen Fragestellung, Urteilsfassung und Entschluß umfaßt. Die Ausführung ist psychophysische und metalogische Tätigkeit, die weder Urteil noch Entschluß enthält, die aber die Handlung ergänzt, vollendet und ihr Substanz verleiht.

Die Handlung interessiert das Strafrecht, insofern sie ihr Subjekt, den Menschen, mit seinem anderen Mitmenschen verbindet, nämlich insofern sie soziales Verhalten ist. Die strafrechtlich relevante Handlung ist immer Verhalten gegen einen anderen.¹² Besonders im Bereich des Strafrechts hat die Handlung den Sinn der Unwertverwirklichung. Die axiologische Farbe der strafrechtlich relevanten Handlung ist immer negativ. Das Gesetz gibt ein Bild, dessen Verwirklichung der Rechtsgenosse stets vermeiden muß. In dieser Beziehung verwirklicht das Strafrecht negativ die Werte, die es als Rechtsgüter schützt; es stellt nämlich das Strafrecht kein Gebot zu einem für die Verwirklichung der geschützten Werte geeigneten positiven Verhalten auf, sondern es beschreibt das gegen die Rechtsgüter gerichtete feindliche Verhalten und verbietet es.

Die oben genannten herkömmlichen Verbrechenssysteme, die von angeblichen sachlogischen Strukturen ausgehen, begehen den Fehler, daß sie, um einen Handlungsbegriff zu gewinnen, zwischen den objektiven und subjektiven Elementen des menschlichen Verhaltens unterscheiden und diese Elemente mit den Begriffen Unrecht und Schuld verwechseln.¹³ Die Folge ist, daß die einen unter Handlung, und folglich unter Unrecht, nur die psychophysische Tatausführung, die anderen auch die juristischen Verantwortlichkeitsformen mei-

11. Henkel, a.a.o., S. 250

12. Engisch, Vom Weltbild der Juristen, 1950, S. 38, Henkel, a.a.o., S. 185, Maihofer, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, 1953, S. 71ff. Vgl. E.A. Wolff, Das Problem der Handlung im Strafrecht, in Radbruch GedSchrift, S. 301

13. Henkel, a.a.o. S. 301. Daß ihr Vorsatzbegriff mit dem Deliktvorsatz nichts zu tun hat, siehe Baumann, AT, 379, Bockelmann, Strafrechtliche Untersuchungen, S. 58, Engisch, in Eb. SchmidtFest, S. 90ff, Arth. Kaufmann, Der Schuldprinzip, 1961, S. 21, ders., in H. MayerFgb, S. 94, Nowakowski, in

nen. Indessen erschöpfen sie sich in systematischen Scheip Problemen. Dem Wesen nach aber sind die Unterscheidung und die Abgrenzung zwischen Unrecht und Schuld überhaupt ohne Beziehung zu der Seinstruktur der Handlung. Auch wenn man davon ausgeht, daß der Handlungsbegriff genauso beschaffen ist, wie ihn z.B. die finale Handlungslehre erfaßt, ist das völlig unerheblich, weil Gegenstand des Strafrechts, und damit Gegenstand des Unrechtstatbestandes, keine Handlung, sondern die objektive soziale Bedeutung bestimmter handlungen ist.¹⁴

Gewiß ist die Handlung als spezifisch menschliches Verhalten *conditio sine qua non* für das Strafrecht. Ohne dieses spezifisch menschliche Verhalten liegt gar kein Verbrechen vor.¹⁵ Jedoch tritt die Handlung im Bereich der Strafrechtsdogmatik nicht als solche, sondern als Träger eines besonderen (negativen) Sinnes hervor,¹⁶ nämlich als Verbrechen. Und dieser Sinn, der der Handlung das Prädikat Verbrechen verleiht, ist die durch dieses Verhalten begangene Störung der Bedingungen des sozialen Lebens. Diese Störung der Bedingungen des sozialen Lebens, die sich aus der rechtsgutsverletzenden Tat ergebene Sozialschädlichkeit, ist die *differentia specifica* des Verbrechens gegenüber den anderen spezifisch menschlichen Verhaltensformen, und gerade diese und nicht die Handlung ist der Gegenstand des Strafverbots.¹⁷

Demzufolge ist für die Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld nicht die begriffliche Trennung des voluntativ-intellektuellen Handlungsmoments, der Bestimmung, von dem äußeren psychophysischen Element, der Ausführung, sondern die objektive soziale Bedeutung der Tat als Störung der Bedingungen des sozialen Lebens und nicht der Wille des Täters und dessen Inhalt, sondern seine Richtung

 ZStW, 63, S. 297, H. Mayer, in v. WeberFbg, S. 145
 14. Vgl. Roxin, Strafrechtliche Grundlagentheorien, 1973, S. 82ff.
 15. Maihofer, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, S. 7ff.
 16. Henkel, a.a.O., S. 302, Bockelmann, AT, S. 36

17. Vgl. auch die Kritik gegen die Rolle des Handlungsbegriffs im Strafrecht: Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, in ZStW, 67, S. 14. Roxin, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, S. 107ff, der in Bezug auf die Kritik an der finalen Handlungslehre meint, die finale Handlungslehre sei durch eine finale Tatbestands- und Unrechtslehre zu ersetzen. Schmidhäuser, Zur Systematik der Verbrechenslehre, in RadbruchGedSchrift, S. 268ff. Den axiologischen Charakter des Verbrechens sowie aller menschlicher Handlungen betont auch Platon in Symposium, 18034-181a4

gegen das Recht maßgebend.¹⁸ Unrecht und Schuld sind also im Rahmen der Strafrechtsdogmatik zwei juristische Werturteile, die eine über die Störung der Bedingungen des sozialen Lebens, die andere über die Verantwortung über diese Störung. Als solche verkörpern und verwirklichen sie ein Sollen, das sich von dem Sein der Handlung unterscheiden muß.¹⁹

Das Unrecht ist ein juristisches (Un-)Werturteil über das sozial-schädlich zielgerichtete Willensverhalten als objektiv strafrechtswidrig.²⁰ Die Ratio des Verbots dieses Verhaltens ist die durch die Verletzung oder Gefährdung der Rechtsgüter, die das Strafrecht im Hinblick auf ihre Bedeutung für die Aufrechterhaltung und Förderung des sozialen Lebens schützt, verursachte Störung der Grundlagen des sozialen Lebens. Infolgedessen enthält oder beschreibt der Tatbestand eines Verletzungs- oder Gefährdungsdelikts keine Handlung, sondern die Voraussetzungen, unter denen das Handeln seinen Charakter als Störung der Bedingungen des sozialen Lebens, insofern kein Rechtfertigungsgrund vorliegt, bekommt. Jedes Element, jedes Merkmal, das diese Störung bestimmt oder sie von ähnlichen Störungen näher präzisiert, gehört zum Unrecht, gleichgültig ob es Bestandteil der psychophysischen Tatausführung oder der intellektuellen Tatbestimmung ist.²¹

Diese sozusagen axiologische Unrechtsauffassung kann man als objektiv bezeichnen. Ihre Objektivität hat aber nichts mit der herkömmlichen Unterscheidung zwischen objektiven und subjektiven Handlungselementen zu tun, sondern sie ergibt sich aus der tatbestandlichen Typisierung der negativen sozialen Bedeutung des Handelns. Worauf diese Deliktstypisierung aber beruht, ob äußere oder intellektuelle Handlungselemente sie begründen, ist gleichgültig. Vielmehr sind auch die inneren subjektiven Merkmale, die das Unrecht begründen, stets als objektiv zu bezeichnen, wenn sie deliktstypisch

18. In diesem Sinne auch Schmidhäuser, AT, S. 145.

19. Vgl. G. Husserl, Recht und Welt, 1964, S. 118.

20. Vgl. Bockelmann, AT, S. 38.

21. Roxin gibt den Handlungsbegriff ebenfalls preis und ersetzt ihn durch die Tatbestandsmäßigkeit. Siehe Strafrechtliche Grundlagenprobleme, S. 105ff, ders., Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, S. 15ff. Schmidhäuser teleologisches System kommt auf anderem Weg zu demselben Ergebnis. Dagegen Arth. Kaufmann, in H. MayerFest., S. 79.

sind, weil der objektive Unterschied zwischen zwei Taten, nämlich die einzelne Verbrechenheit, sich in diesem Fall gerade aus diesen Merkmalen ergibt.²²

Neuerdings mehren sich die Ansichten, die unabhängig von der finalen und jeder sonstigen Handlungslehre auch die Schuldformen als typisierende Merkmale betrachten. Insofern sie darunter die Gesamttatbestandstypisierung verstehen,²³ bringen sie nichts neues zum Ausdruck. Vielmehr begehen sie aber den üblichen Fehler, daß sie diese juristisch-technischen Begriffe mit den Momenten des Handlungsprozesses, und insbesondere den Vorsatz mit dem intellektuellen Tatbestimmung verwechseln.²⁴ Ist der Vorsatz mit dem intellektuellen Element der Tat identisch, so ist seine Unrechtszugehörigkeit nicht zu bestreiten. In diesem Fall aber müssen folgerichtig annehmen, daß die Zurechnungsfähigkeit auch dem Unrecht angehört. Denn eine strafbare Willensrichtung gegen das Strafrechtsverbot ist ohne Zurechnungsfähigkeit unvorstellbar, weil das Strafrecht sich an geistig reife und gesunde Menschen wendet. Deshalb muß die Zurechnungsfähigkeit zusammen mit der Verantwortlichkeit entweder in das Unrecht oder in die Schuld eingeordnet werden.²⁵ Etwas drittes dazwischen gibt es nicht. Insofern waren die alten Verbrechenselemententheorien, Merkels subjektive Unrechtstheorie und Thons und Hold v. Fernecks Imperativentheorie, Konsequenter. Die Jüngsten Behauptungen, daß der Vorsatz und die Fahrlässigkeit nach ihrem voluntativen Element, d.h. insofern sie die Handlung bestimmen, zum Unrecht gehören, insofern sie aber Träger des Gesinnungswertes sind, der Schuld angehören, zeigen, zu welcher (umstürzlerischen) Verwirrung für alle Strafrechtsgrößen die Verwechslung von juristisch-technischen Begriffen mit den Handlungsmomenten führt, die die Bearbeitung der allgemeinen Begriffen des Strafrechts und eine klare Systematisierung des Allgemeinen Teils

22. Vgl. H. Mayer, AT, S. 64, dessen dialektisch-einheitliches System aber, insofern es sich an die strenge Unterscheidung zwischen äußerer Tatseite (Unrecht) und innerer Tatseite (Schuld) hält, von der hier vertretenen Auffassung völlig verschieden ist.

23. Henkel, a.a.O., S. 302, Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, S. 42f.

24. Vgl. Schmidhäusers Kritik, in AT, S. 179, ders., Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht, 1968, durch das ganze Buch. Treffend auch Henkel, a.a.O., S. 281, Roxin, Strafr. Grundlagenprobleme, S. 85.

25. Vgl. Oehler, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, 1959, S. 62f.

unerreichbar machen.²⁶

Der Begriff der Schuld ist auf den des Unrechts zu beziehen. Ist das Unrecht das juristische Unwerturteil über die Störung der Be-

26. Besonders ist die in neuester Zeit stark vertretene Spaltung der Fahrlässigkeit in äußere und innere theoretisch nicht befriedigend. Unter äußerer Fahrlässigkeit wird die Sorgfaltspflichtverletzung als unrechtstatbestandsbegründendes Merkmal verstanden, so daß überhaupt keine Straftat vorliegt, wenn der Erfolg sich auf jeden Fall, entweder durch fehlerhaftes oder sorgfaltsmäßiges Verhalten, ergäbe. Diese Lehre verlangt nicht nur Kausalzusammenhang zwischen Verhalten und Erfolg, sondern auch zwischen sorgfaltswidrigem Verhalten und Erfolg. So hört die Fahrlässigkeitsprüfung bereits in der Unrechtsstufe auf und man braucht die Schuld nicht zu prüfen. Jescheck, S. 457ff, Stratenwerth, At, S. 148, Weizel, Lehrb., S. 127. Maurach, AT, 4. Aufl., 1971, S. 555f, kritisiert diese Lehre, die heute die herrschende ist, und behandelt die Verletzung der im Verkehr gebotenen Sorgfalt im Rahmen seiner Zurechenbarkeitslehre als Tatverantwortung. Dagegen folgt die von Zipf bearbeitete 5. Aufl. der herrschenden Lehre. Siehe Maurach-Zipf, AT, Teilbd. 2, S. 70ff. Kritik dieser Spaltung der Fahrlässigkeit siehe bei Binavince, Die vier Momente der Fahrlässigkeitsdelikte, 1969, S. 222 und bei Baumann, AT, S. 289.

Aus dem Text des Gesetzes ergibt sich jedoch nicht, daß das Gesetz bei den Fahrlässigkeitsdelikten die Erfolgsherbeiführung anders als bei den Vorsatzdelikten versteht. In beiden Fällen meint es die materielle Erfolgsverursachung und nicht auch die Vermeidungsmöglichkeit. Die Störung der Bedingungen des sozialen Lebens, d.h. die Verwirklichung des von dem Gesetz unerwünschten Erfolgs, ist dieselbe sowohl bei Vorsatz wie bei Fahrlässigkeitsdelikten, gleichgültig, ob sie auf sorgfaltswidriges Verhalten oder nicht zurückzuführen ist. Das sorgfaltswidrige Verhalten weist bloß darauf hin, in welchem Grad der Täter seine Pflichten mißachtet, und deshalb bezieht es sich auf die Möglichkeit, ob dem Täter ein Vorwurf aus dem begangenen rechtswidrigen Erfolg gemacht werden kann und auf die Begründung seiner entsprechenden Verantwortlichkeit, was aber außerhalb des Unrechtstatbestandes liegt.

Die kausale Verbindung des Erfolgs mit dem sorgfaltswidrigen Verhalten ist auch deswegen widersprüchlich, weil sie, um zu ermitteln, ob eine strafbare Tat überhaupt vorliegt, den objektiven Tatbestand zusammen mit der persönlichen Verantwortung prüft, während Voraussetzung für die Prüfung der Schuld und deshalb auch der Verantwortung für die Fahrlässigkeit das begangene Unrecht ist. Gewiß gibt es Fälle, die allerdings in der Praxis selten sind, bei denen der Erfolg auf jeden Fall eintreten würde. In diesen Fällen ist es zwar billig, die Verantwortung für die Fahrlässigkeit auszuschließen; daß das nach dem Gesetz Vermeidbare sich aber nicht ungeschehen machen läßt, steht außer jeden Zweifel.

Nicht zutreffend scheint mir auch die Ansicht, die in der sog. äußeren Fahrlässigkeit eine fahrlässige Unterlassung sieht, sie deshalb ins Unrecht einordnet und zur Verurteilung wegen Fahrlässigkeit auch die Erfüllung der Voraussetzungen des § 13 StGB fordert. Siehe Androulakis, Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963, S. 204. Dies kann häufig, besonders in Nebengesetzen, die die Berufstätigkeit regeln, der Fall sein, aber nicht immer. Die garantenpflichtverletzende Unterlassung ist kein allgemeines Fahrlässigkeitsmerkmal, sondern eine der möglichen Tatbestandsverwirklichungsweisen. Eine gewisse Garantienpflichtverletzung ist bei allen Fahrlässigkeitsdelikten gegeben. Das sagt uns aber noch nichts über die Verantwortung wegen Fahrlässigkeit. Zutreffende Kritik bei Roxin, Strafr. Grundlagenprobleme, S. 149-155 und in der 16. Aufl. des Schönke-Schröder Kommentars, 1972, S. 434ff, 439.

dingungen des sozialen Lebens, die allgemeine und objektive Bewertung eines bestimmten Verhaltens in seiner Gesamtheit, sowohl als Willens-tätigkeit als auch als äußeres Geschehen als verbotswidrig, so ist die Schuld das juristische Unwerturteil über die Verantwortlichkeit für die begangene Störung. Im Gegensatz zum Unrecht ist die Schuld die relative und immer an die Person gebundene Bewertung des verbots-widrigen Verhaltens in seiner Beziehung zu seinem Urheber.²⁷ Die Rechtsordnung macht dem Täter seine persönliche Haltung gegen das Strafrechtsverbot, d.h. seine psychische und geistige Beziehung zu der begangenen Störung, zum Vorwurf.²⁸ Die persönliche Haltung des Täters kann ihm zum Vorwurf gemacht werden, wenn der Willensinhalt des geistig reifen und gesunden Menschen sich feindlich gegen die Rechtsordnung richtet. Wie bei der Unrechtsauffassung nicht die Handlung, sondern ihre objektive soziale Bedeutung den Unrechtsbegriff bildet, genauso verstehen wir bei der Schuldauflassung nicht das voluntativ-intellektuelle Moment des Handlungsprozesses, vielmehr ist die seitens des Täters, durch diese oder jene Willensgestaltung, zum Vorschein kommende Mißachtung der Rechtsordnung gemeint; nämlich daß der Täter, wie er sich seine Tat vorgestellt und sie bestimmt hatte, die Rechtsordnung entweder bewußt mißachtete, weil er von der sozialen Störung wissend seine Ziele durchgeführt hatte, oder unbewußt, weil er nicht vorgesehen hatte, obwohl er in der konkreten Tatsituation dazu fähig war, daß die Verwirklichung seiner Ziele das soziale Leben stören würde.²⁹ Das Wollen und Wissen beim Vorsatz und das Sollen und Können der Voraussehbarkeit sowie auch die neuerdings gebotene Pflichtgemäße Sorgfalt bei der Fahrlässigkeit sind keine selbständigen Verbrechenselemente, sondern Kriterien der Bewertung und der Abstufung der seitens des Täters demonstrierten Mißachtung der Rechtsordnung.³⁰

Mit diesem Bedingungen wird der Schuldvorwurf gegen die Persönlichkeit des Täters, gegen seine rechtsfeindliche Gesinnung, wie sie durch

27. Vgl. Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, S. 106, 122ff, 138ff, 160ff, Baumann, S. 370, Maurach-Zipf, AT, Teilbd. 1, S.434.

28. Schmidhäuser, AT, S. 150.

29. Schmidhäuser, AT, S. 153.

30. Dadurch unterscheidet sich die hier vertretene Unrechts- und Schuldauflassung von der sog. axiologischen Schuldauflassung der streng normativen Schuldlehre der finalen Handlungslehre, die auf Graf zu Dohnas Unterscheidung zwischen Objekt der Wertung und Wertung des Objekts zurückzuführen ist. Graf zu Dohna, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1950, S. 32. Wegen der Preisgabe der Handlungs-

seine einzelne verbrecherische Tat erscheint, begründet. Als solche wird die Schuld tatbestandlich zuerst durch allgemeine Schuldmerkmale als subjektive Zurechnung des begangenen Unrechts typisiert. In gewissen Fällen aber wird neben dieser Einzeltatschuld auch das So-Sein des Täters durch besondere Merkmale bestimmt und ihm vorgeworfen, insofern diese besonderen Schuldmerkmale die antisoziale Persönlichkeit des Täters stärker prüfen und dadurch die Verwerflichkeit der Täterpersönlichkeit näher spezifizieren und abstufen. Besondere Schuldmerkmale sind personenbezogene Elemente, die im Rahmen desselben Verbrechens den Schuldvorwurf so abstufen, daß sie, ohne im geringsten den deliktstypus zu ändern, die Strafe schärfen oder mildern.

In dieser Hinsicht bezeichnen die besonderen Schuldmerkmale die Gesinnung des Täters in dem Sinne, daß sie quantitativ ihre Verwerflichkeit abstufen, so daß dieselbe Tat durch die Einwirkung

Aufbau der Verbrechenslehre, 1950, S. 32. Wegen der Preigabe des Handlungsbegriffs oder besser wegen der Bewertung des gesmten Tatgeschehens in beiden Verbrechenstufen, ist die Schuld für uns nicht nur die verwerfliche Gesinnung oder die Bewertung der Willensbildung, (nach der streng normativen Schuldlehre gehört die Willensbildung als solche, nämlich als das Objekt der Wertung, zum Unrecht. Welzel, Lehrb., S. 139ff, ders., Um die finale Handlungslehre, 1953, S. 25) sondern auch die Verantwortlichkeit als subjektive Zurechnung. Dohnas Unterscheidung ist fehlerhaft, weil das Unrecht nicht das Objekt der Wertung, sondern selbst eine Wertung ist. Unrecht und Schuld, wie wir gesehen haben, sind zwei Werturteile, jedes in einer anderen Hinsicht und Beziehung, über das gleiche Objekt.

Auch aus der Sicht des Neukantianismus, dessen Vertreter Graf zu Dohna war, ist dieser Unterscheidung nicht zuzustimmen. Zwar unterscheidet die Erkenntnistheorie des Neukantianismus streng zwischen ein Objekt und seinem Sinn, wenn sie aber dieses Objekt als Träger des Sinnes prüft, betrachtet sie beide (Objekt und Sinn) nicht unabhängig voneinander, sondern in ihrer Einheit. Siehe Rickert, System der Philosophie, 1921, S. 254, ders., Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung, 1921, S. 256. Entsprechend nach der Wertphilosophie des Neukantianismus kann kein Phänomen, sondern sein Sinn axiologisch beurteilt werden. Wenn wir eine Handlung als verwerflich, sittenwidrig usw. beurteilen, betrachten wir sie nicht als bloßes Phänomen, sondern als Träger eines wertbeziehendes Sinnes und gerade dieser Sinn, die Verwerflichkeit, Sittenwidrigkeit usw., ist das Objekt der Wertung. Wenn wir also mit Dohnas sprache sprechen wollen, Objekt der Wertung ist nicht die Willensbildung, als Phänomen, sondern die Vorwerfbarkeit. Lask, in Ges. Schriften, Bd. 2, 1924, S. 5, 54, Bd. 3, 1924, S. 79. Vgl. Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, 1911, S. 326. Welche der philosophische Ausgangspunkt auch immer ist, die Wertung und ihre Voraussetzungen und Kriterien lassen sich, obwohl sie verschiedene Sachen sind, voneinander nicht trennen. Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, im Strafrecht, 1931, S. 17f. Für uns bildet die Schuld als wertendes Urteil zusam-

verschiedener inneren Faktoren, wie der Motive und der Absichten, oder äußeren Faktoren, wie das modus operandi, als mehr oder weniger schwer und abscheulich erscheint und gerade deshalb, weil diese Faktoren eine mehr oder weniger verwerfliche Gesinnung und somit eine mehr oder weniger gefährliche Persönlichkeit offenbaren.³¹

Diese sozusagen axiologische Unrechts- und Schuldauflassung wird von der Notwendigkeit bedingt, die Strafrechtsdogmatik aus der Sachgasse herauszuführen, in die die herkömmlichen Verbrechenssysteme und ihre Variationen durch ihre feinen, aber zugleich unfruchtbaren Begriffsunterscheidungen, die die Bewältigung des allgemeinen Teils sehr schwierig machen, geführt haben. Diese Auffassung geht davon aus, daß das Gesetz und nicht ein wie auch immer vorgegebenes und für den Gesetzgeber verbindliches System letzten Endes allein zuständig ist, zu bestimmen, was zum Unrecht und was zur Schuld gehört. Die Tatbestandsmerkmale sind je nach dem konkreten Verbrechen so verschiedenartig, daß sie sich nicht von vornherein klassifizieren und einordnen lassen. Dieser Tatsache bewußt bemüht sich diese flexible und umfassende Auffassung um die Auslegung der konkreten Strafvorschrift, und deshalb prüft sie das gesamte Tatgeschehen unter dem Blickwinkel beider Verbrechenkategorien.

8. Die Mordmerkmale im einzelnen

Die herrschende Meinung unterscheidet die Mordmerkmale nach ihrer Beziehung auf den inneren, psychologischen Entscheidungsprozeß des Täters oder auf die Außenseite der Tat und ordnet sie in drei Gruppen ein: 1) die Motive, 2) die Absichtsmerkmale und 3) die Tatausführungsmerkmale; eine Unterscheidung, die nur systematisch ist und uns nicht über ihre Natur sagt.

Zu den Motiven₁ gehören die Mordlust, die Befriedigung des Geschlechtstriebes, die Habgier und sonstige, dem Ausdruck des Ge-

men mit ihren Voraussetzungen ein einheitliches Ganzes. Was Voraussetzung eines Urteils ist, in diesem Fall die im Text genannten Vorsatz- und Fahrlässigkeitskriterien, ist zugleich ein von ihm untrennbares Element.

31. Wenn solche Merkmale aber strafbegründend und verbrechenskonstitutiv sind, gehören sie zum Unrecht.

1. Einen Überblick auf die Motivationsforschung siehe Hilde Kaufman, Kriminologie, Bd. 1, S. 94.

setzes nach, niedrige Beweggründe. Sie sind die Ursachen, deretwegen der Täter sich zu einer Tötung entschließt, mit dem Zweck, das psychische Verlangen zu befriedigen, das diese Beweggründe ihm vermitteln. Wir verstehen unter Motiven die durch äußere oder innere Erregung erlangte Gestaltung der Gründe in der Innenwelt des Täters, deretwegen er handelt. In diesem Sinne sind die Motive allerlei psychische Kräfte, Triebe, natürliche Antriebe, Instikte, Gefühle, Tendenzen, Hemmungen, Impulse, Vorstellungen usw. oder ihre dynamische Wechselwirkung, die auf den Willen einwirken.²

Eine einheitliche Begriffsbestimmung hat die Wissenschaft nicht gewonnen. Insbesondere ist es dem Strafgesetzgeber nicht gelungen, den Begriff und die Funktion der Motive zu erfassen. Wenn er nämlich für die besondere Niedrigkeit der Beweggründe einen klaren Begriff hätte, würde er nicht kasuistisch einzelne Anwendungsfälle dieser Kategorie zu Tatbestandsmerkmalen erheben. Auf jeden Fall aber sind Motive als Tatbestandsmerkmale nicht geeignet. Ebensovienig sind sie für eine Abgrenzung zwischen Grundtatbestand und Qualifikation geeignet. Denn es handelt sich bei ihrer Entstehung um rein innere Vorgänge.

Gerade deshalb, wenn die Motive Anlaß zur Abwandlung geben, lassen sie den Deliktstypus unberührt und die Abwandlung wird ausschließlich durch reine subjektive Elemente durchgeführt. Der größere Unwert einer solchen Abwandlung ist auf einen schwereren Vorwurf gegen den Täter zurückzuführen, der mehr oder weniger als eine besonders verwerfliche und gefährliche Persönlichkeit erscheint. Die äußere objektive Seite der Tat verändert sich durch ihr Auftreten im Tatbestand nicht.³ Demzufolge bestimmen die Motive den Vorwerfbarkeitsgrad. Allerdings kommen sie, ohne daß sie im Tatbestand erfaßt werden, für die Bewertung der Täterpersönlichkeit und für die Strafzumessung in Betracht.

-
2. Bruns, Strafzumessungsrecht, S. 550, Exner, Kriminologie, 1949, S.8, Fußnote 1, Gruhle, Verstehen und Einfühlen, in Ges. Schriften, S. 56ff (Ursache, Grund, Motiv, Auslösung) und 259ff (Motiv und Ursache in der Kriminologie), ders., Verstehende Psychologie, 1956, Lersch, Aufbau der Person, S. 89ff, 491f, Mezger, Kriminologie, S. 91, ders., Kriminalpolitik und ihre kriminologischen Grundlagen, S. 193f, ders., Kriminalpsychologische Probleme im Strafrecht, 1943, in Heft 4 der Sitzungsberichte der bayerischen Akademie der Wissenschaften, S. 13-19, Seidel, a.a.O., S. 18.
 3. Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale, S. 193.

Die Frage, die sich hier erhebt, ist, ob die Motive des § 211 StGB den vorerwähnten Begriff haben oder ob sie hier eine andere Funktion erfüllen. Unser Kriterium kann auch hier kein anderes als das des tatbestandlich vertypen Verhaltens sein. Mit anderen Worten müssen wir sehen, ob die Motive den Tatbestand der vorsätzlichen Tötung ändern und damit einen neuen Tatbestand aufbauen oder ob sie persönliche Strafschärfungsgründe sind und damit, während der Tatbestand unberührt bleibt, nur zu einer Änderung des Strafrahmens führen.

Wie müssen davon ausgehen, daß weder der Erfolg, für dessen Verwirklichung die Motive den Impuls geben, für ihr Vorliegen relevant ist, noch das Gesetz einen solchen Erfolg, wenigstens in der Weise beschreibt,⁴ daß dieser weitere Erfolg die Tötungsabwandlung von dem Grundtatbestand differenziert. Vielmehr kann keine Rede von einer besonderen Begehungsart sein. Was das Gesetz hier interessiert, ist nur die Willensbildung. Vor uns steht die vorsätzliche Tötung, und es gibt kein äußeres Tatmerkmal, das erkennen läßt, ob die Tötung aus diesem oder jenem Beweggrund begangen wurde. Um das zu beurteilen, müssen wir den Täter prüfen. Die Beweggründe einer Tat liegen allein in der inneren Welt des Täters

Allerdings stehen die Motive des § 211 nicht alle auf der gleichen Ebene;⁵ einige von ihnen sind an sich gar nicht strafbar. Während die Mordlust,⁶ die alte libido de sanguinis, die rein un-natürliche Lust an der Lebensvernichtung, immer die abscheuliche Täterpersönlichkeit kennzeichnet, vorausgesetzt, daß der Täter einer solchen Tötung schuldig sein kann,⁷ ist das Handeln zur Befriedigung des Geschlechtstriebes⁸ weder immer sozialethisch verwerflich noch strafbar. Erst das Töten zur Befriedigung des Geschlechtstriebes färbt die Tötung mit besonders größeren Verwerflichkeit, nicht weil es der Tat äußerlich etwas hinzufügt,⁹ sondern weil der Täter uns

4. Lange, in, LK, S. 164.

5. Über die Motivmerkmale im allgemeinen siehe, RG, 42/142, OGHBrZ, in NJW, 50, S. 397, BGH, 1/368, 2/60, 6/322.

6. BGH, in NJW, 53, S. 1440, Dallinger, in MDR, 1974, S. 547.

7. Bockelmann, BT, Bd. 2, S. 8. Vgl. Woesner, in NJW, 1980, S. 1137.

8. OGHBrZ 2/237, und in NJW, 50, S. 710, BGH 7/353, 19/105.

9. Das Gesetz bestraft die Befriedigung des Geschlechtstriebes, die der Täter bei der Tötungsherbeiführung fühlt, an sich und verbindet die Tötung nicht mit der Verletzung anderer Rechtsgüter, z.B. mit Sexualdelikten oder mit der Verletzung der sexuellen Integrität, wie Rüping, in JZ, 1979, S. 630, meint.

dadurch als gefühllose Persönlichkeit erscheint, die um Triebe und Instikte zu befriedigen, sogar das menschliche Leben mißachtet. Infolgedessen ist sie besonders verwerflich und gefährlich für die allgemeine Sicherheit.

Aber auch das Handeln aus Habgier,¹⁰ obwohl sozialetisch verwerflich, ist an sich nicht strafbar. Im Bereich des Strafrechts kommt es nur als Strafzumessungsgrund in Betracht. Bei bestimmten Verbrechen aber, und zwar gerade bei der Tötung, wird das Handeln aus Habgier Strafschärfungsgrund, weil der Gesetzgeber eine so skrupellose Persönlichkeit, die, wenn sie etwas gewinnen will, auch vor der Lebensvernichtung keinen Halt macht, als höchst gefährlich einschätzt.

Wir sehen, daß auch die Motive des § 211 nicht die Tat, sondern den Täter kennzeichnen. Sie sind auch hier rein innere Persönlichkeitsmerkmale, die die besonders verwerflichen Charaktereigenschaften des Täters zum Ausdruck bringen und die, ohne die tatbestandlich vertyppte Tat zu ändern, einen anderen erhöhten Strafraum zur Folge haben. Allerdings ist es nicht begreiflich, wie die Motive sich von der Gesinnung trennen und unterscheiden können,¹¹ da sie selbst die Gesinnung offenbaren. Das wird bei den sonstigen niedrigen Beweggründen deutlicher, wo die Rechtsprechung, um die Beweggründe des Täters als niedrige oder nicht niedrige zu beurteilen, in seine Seele und seine Charaktereigenschaften tief eindringt und seine psychische Haltung der ganzen Tatsituation gegenüber bewertet.¹²

Zu den Absichtsmerkmalen gehört die Absicht des Täters, durch die Tötung eines Menschen eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken.¹³ Hier ist eine präzise Erläuterung nötig, weil der gewöhnliche Sprachgebrauch unter dem Eindruck, daß der Zweck einer Tat auch ihre causa ist und umgekehrt, zwischen Motivation und Absicht keinen Unterschied sieht. Beide werden als der gleiche Wil-

10. OGHBrZ. 1/81, 1/36, 1/336, BGH 1/165, 10/339, OLG Hamburg, in NJW, 48, S. 350

11. Röder, a.a.O., S. 56ff.

12. Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale, S. 230. OGHBrZ 1/165, 1/237, 1/364, 2/117, 2/165, 2/180, 2/345, 2/356, 2/289, BGH 2/60, 3/133, 3/180, 3/333, 6/331, 9/183, 18/39, 22/13, BGH, in NJW, 58, S. 189, in NJW, 67, S. 140, in GA, 1974, S. 370, LG Aachen, in NJW, 62, S. 2313, LG Frankfurt, in SJZ, 1947, S. 629, 692.

13. OGHBrZ 1/178, 1/190, 1/366, 2/19, BGH 3/30, 7/290, 7/327, 9/180, 11/226, 11/268, 15/297, 21/283, 22/12, 23/176, BGH, in NJW, 55, S. 1119, in GA, 1962, S. 143, in GA, 1963, S. 84, bei Dallinger, in MDR, 1970, S. 560.

lensbildungsfaktor mit nur einem Namensunterschied erfaßt. Eine genauere Begriffsbestimmung macht aber den Unterschied klar. Die Motive bestimmen die innere Triebfeder, während die Absicht das Ziel ist, auf das sich die Tat zur Erreichung des bezweckten Erfolgs hin bewegt.¹⁴

In der Lehre wird das Merkmal "um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken" häufig als ein subjektives Unrechtselement¹⁵ verstanden, das als solches wie die Zueignungsabsicht beim Diebstahl und die Zielrichtung bei den anderen Absichtsdelikten dem subjektiven Tatbestand angehört. Dieser Teil der Lehre läßt aber die Tatsache unbeachtet, daß die Absicht bei diesen Delikten strafbegründend und tatbestandskonstitutiv ist, so daß sie für die materielle Vollendung des Verbrechens von Bedeutung ist.¹⁶ Beim Mord aber ist die Absicht nicht verbrechenskonstitutiv, weil der Erfolgseintritt, die Ermöglichung oder die Verdeckung der anderen Straftat, nicht erforderlich und auf alle Fälle unabhängig von einem weiteren Handeln des Täters ist. Bei den Absichtsdelikten stellt die Verwirklichung der im Tatbestand beschriebenen Tat den Versuch der Absichtsverwirklichung dar, während die Tatbegehung beim Mord selbst die Absichtsverwirklichung ist, weil der Täter gerade die Tötung eines Menschen als taugliches Mittel zur Verwirklichung seines Ziels, beabsichtigt. Mit anderen Worten: Beim Mord erschöpft sich die verbrecherische Tätigkeit zur Verwirklichung der Absicht in der Tötung eines Menschen und deshalb ist materielle Vollendung des Mordes, wie z.B. beim Diebstahl, nicht denkbar. In dieser Hinsicht ist der Mord kein Absichts- sondern sozusagen ein Tendenzdelikt, bei dem die Tatbegehung durch die Willensrichtung des Täters beherrscht wird, die im objektiven Geschehen, nämlich der Tötung keine Entsprechung findet.

Also ist die Absicht beim Mord von unterschiedlicher Natur und fügt dem Mordtatbestand keine Tatmodalität hinzu, die den Tatumwert

14. Bruns Strafzumessungsrecht, S. 551, Schönke-Schröder, S. 1268.

15. Mezger, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950, S. 24, Rüping, in JZ, 1979, S. 619f.

16. Engisch Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S. 62ff, ders., Bemerkungen zur Theodor Rittlers Kritik der Lehre von der subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen, in RittlerFest, S. 178, Ullrich, a.a.O., S. 36. Siehe auch Jescheck, S. 418, Schmidhäuser, S. 254, 590.

durch eine Veränderung des Tatbildes beeinflußt. Die Tat, die Vorsätzliche Tötung, bleibt unberührt und unveränderlich. Der größere Unwert einer mit solcher Absicht begangenen Tötung liegt auch hier darin, daß der Täter als eine so egoistische und skrupellose Persönlichkeit erscheint, die auch nicht das menschliche Leben verschont, um seinen Zweck zu erreichen.

Zu den Tatausführungsmerkmalen gehören die heimtückische, die grausame und die mit gemeingefährlichen Mitteln ausgeführte Tötung. Der Begriff und die Natur der Mordmerkmale dieser Gruppe ist nicht so klar und eindeutig wie der der Motive und der Absichten, so daß der Rechtsanwender sich bei einer oberflächlichen Prüfung in falsche Lösungen verstricken kann. Es zeigt schon ihre in der Literatur herrschende Bezeichnung als Tatausführungsmerkmale, daß sie eine äußere Seite, eine durch die Sinne greifbare Existenz in der äußeren Welt haben, was einige Autoren zu dem Ergebnis führte, der Mordtatbestand sei in diesem Punkt objektiv. Diese greifbare Existenz in der Außenwelt verzichtet aber auch nicht auf eine Schätzung und Bewertung der Persönlichkeitsqualität des Täters, so daß man auf den ersten Blick nicht beurteilen kann, ob diese Mordmerkmale Tatmodalitäten oder Persönlichkeitsmerkmale sind.

So handelt heimtückisch, wer die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers ausnutzt, um die Verwirklichung seiner Tötungsabsicht zu erleichtern.¹⁷ Daß dadurch die äußere Tatausführung charakterisiert wird, darf uns nicht irreleiten. Denn was bedeutet heimtückische Tötungsausführung? Fast alle Verbrechen werden heimtückisch und nicht vor Notar und Zeugen begangen. Gerade deswegen, und um ein Überleben des Merkmals der Überlegung zu verhindern, waren die Lehre und die Rechtsprechung zu einer besonderen Begriffsbestimmung gezwungen.¹⁸

Heimtückisches Handeln als Merkmal einer Tötung ist nicht straf-

17. RG 77/44, OGHBrZ 1/82, 1/90, 2/116, 3/19, 3/75, BGH 2/60, 2/251, 2/160, 3/184, 3/331, 4/12, 6/120, 7/221, 8/216, 9/390, 11/139, 18/37, 19/321, 20/301, 22/77, 23/120, BGH, in NJW, 67, S. 1141, in GA, 1967, S. 244, in GA, 1971, S. 113. Daß das bloße Auflauern für das Vorliegen der heimtückischen Tötung nicht ausreicht, siehe BGH 16/397, 22/77.

18. Maurach Schröder, BT, Teilbd. 1, S. 38f, Mezger-Blei, BT, 10. Aufl. S. 21f, Schaffstein, in H. MayerFest., S. 424ff, Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale, S. 138ff, Schönke-Schröder, S. 1267f.

begründend. Die Heimtücke beim § 211 ist strafscharfend, und als Strafschärfungsgrund gehört sie nicht zu denjenigen Modalitäten, die die Tat ändern und Anlaß zu einer wirklichen Qualifizierung geben. Denn heimtückisch zu handeln oder nach der gewöhnlichen Bestimmung die Schwäche eines anderen auszunutzen, ist, obwohl moralisch verwerflich, an sich weder strafbar noch sozialschädlich. Die Sozialschädlichkeit der Tat ist unabhängig davon gegeben, gleich ob sie heimtückisch begangen worden ist oder nicht. Und zwar berücksichtigt der Richter bei jedem Verbrechen, um die Persönlichkeit des Täters bei der Strafzumessung zu bewerten, auch diese Tatausführungsart.¹⁹

Nach diesen Überlegungen glauben wir, daß die Schwere in die subjektive Seite der Tat fällt. Insofern ist die Behandlung dieses Merkmals durch die Rechtsprechung und einen Teil der Lehre widersprüchlich; Wenn man einen Vertrauensbruch oder die Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers fordert, muß man zwangsläufig auf die niedrige Gesinnung des Täters und nicht auf die Tatsituation an sich gerichtet sein.²⁰ Das Wesen der Heimtücke ist also die tückische Gesinnung.²¹ Was von Bedeutung ist, ist nicht, wie der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers verursacht oder ausnutzt, was weder den Tötungsdeliktstypus ändert noch die Sozialschädlichkeit der Tat beeinflußt, sondern daß dadurch eine hinterlistige und besonders verwerfliche Persönlichkeit in Erscheinung tritt. Und dieses Urteil über den Täter qualifiziert auch die Tat als besonders verwerflich und schwer.

Das obige gilt mutatis mutandis auch für das Merkmal grausam.²² Auch hier haben wir eine Außenseite, die qualvolle Tötung, die stärker als bei den anderen Tatausführungsmerkmalen ist. Aber auch hier erhebt sich die Frage, ob die grausame Tötung objektiv oder subjektiv zu beurteilen ist, nämlich ob wir als Mörder auch den-

19. Dagegen Hardwig, in ZStW, 68, S. 27.

20. Siol, a.a.O., S. 148.

21. Schaffstein, in H. MayerFest., S. 427.

22. Für die Behandlung dieses Merkmals von der Rechtsprechung, siehe RG 76/299, 77/45, OGHBrZ 1/90, 1/99, 1/327, 1/371, 2/116, 2/179, BGH 3/181, 3/264, 3/333, BGH, bei Dallinger, in MDR, 1974, S. 14, LG Braunschweig, in MDR, 1948, S. 183.

jenigen, ansehen sollen, der eine qualvolle Tötung herbeigeführt hat, ohne das zu bezwecken, oder nur denjenigen, der auf eine solche Tötung zielt.²³

Auch hier aber bleiben sowohl der Schaden am Rechtsgut als auch die Sozialschädlichkeit der Tat durch das Tatausführungsmerkmal unberührt. Erst wird die Tötung durch die innere Tatseite als schwere und abscheulichere gefärbt, nämlich durch die Lust an den Leiden des Opfers, die aus einer unbarmherzigen und besonders gefühllosen Gesinnung entspringt.²⁴ Allerdings kommt auch die grausame Tatausführung, ohne die Grausamkeit an sich strafbar zu machen,²⁵ bei der Strazumessung immer in Betracht.

Mit anderen Worten, auch hier bezeichnet das Merkmal grausam den Täter als eine im höchsten Grad gefühllosen und deshalb besonders gefährliche Persönlichkeit.²⁶

Bei den gemeingefährlichen Mitteln ist die Problematik etwas anders, aber wir kommen auf anderen Weg und durch andere Argumentation zu demselben Schluß.²⁷ Man würde auf den ersten Blick sagen, dieses Merkmal sei unter den anderen umstrittenen Mordmerkmalen unbestritten ein objektives Tatbestandselement. Insofern die gemeingefährlichen Mittel ein mehr oder weniger fester und deskriptiver Begriff der Außenwelt sind, ist das richtig. Nichtsdestoweniger aber reicht allein dieses Element nicht aus, um einen so großen Unrechtsunterschied zu begründen, daß er eine echte Qualifikation rechtfertigen würde. Das wäre nur denkbar, wenn die Tötungsformulierung nicht so umfassend und allgemein wäre und nur bestimmten Tötungsweisen aufzählen würde. Ferner ist auch das andere Argument, der Grund der Qualifikation sei die durch den Gebrauch gemeingefährlicher Mittel hervorgebrachte Gefährdung anderer Rechtsgüter, zu-

23. Röder, a.a.O., S. 91.

24. BGH, 1.StrfS. 5/55, 3/180, 3/264.

25. Schmidhäuser, Gesinnungsmerkmale, S. 238.

26. Dagegen Maurach-Schröder, BT, S. 38. Dieses Lehrbuch vertritt die Meinung, die Grausamkeit sei ein objektives Tatbestandselement und deshalb müsse sie vom Vorsatz umfaßt sein. Das ist aber ohne Bedeutung, weil die vorsätzliche Herbeiführung eines grausamen Todes gerade die gräßliche Täterpersönlichkeit zeigt. Vgl. Blei, BT, S. 23.

27. Die Rechtsprechung über die gemeingefährlichen Mittel ist nicht reich. Siehe RG 5/309, OGHBrZ 1/86, OLG Dresden, in NJW, 1948, S. 274.

zuweisen. Abgesehen davon, daß die Konkurrenzvorschriften für diesen Fall ausreichend sind, ist es Unsinn zu behaupten, daß die Qualifikation des schwersten und abscheulichsten Verbrechens unter der Form eines abstrakten Gefährdungsdelikts erscheint.

Ob also gemeingefährliche Mittel angewendet werden oder nicht, die objektive Tatseite und der Deliktstypus bleiben unberührt. Deshalb ist die durch diese Mittel, aber im verständlichen Affekt begangene Tötung kein Mord. Das wird auch von denjenigen²⁸ Autoren angenommen, die sonst wenigstens in diesem Punkt die Objektivität des Mordtatbestandes vertreten. Die Frage ist aber, ob der psychologische Zustand des Täters ein Element des Unrechtstatbestands beseitigen kann, besonders wenn der Tatvorsatz derselbe bleibt. Natürlich nicht. In diesem Fall wird der Täter als eine nicht so skrupellose und gefährliche Persönlichkeit eingeschätzt. Wenn aber der Gebrauch gemeingefährlicher Mittel ein objektives Merkmal wäre, käme die Bewertung der Täterpersönlichkeit nicht in Betracht.

Unser Schluß ist also, daß die gemeingefährlichen Mittel an sich keinen Anlaß zur Tötungsqualifizierung geben. Der Grund der Abwandlung ist auch hier die durch den Gebrauch gemeingefährlicher Mittel geäußerte Skrupellosigkeit und die Skrupellosigkeit des Täters gegenüber anderen Rechtsgütern, die uns eine besonders kalte, verwerfliche und gefährliche Persönlichkeit offenbaren. Allerdings nur in Bezug auf die Persönlichkeit, auf seinen sozialen Bereich und auf seine Werteinstellungen hat der Gebrauch bestimmter Mittel oder einer bestimmten Begehungsart kriminologische Bedeutung, während ihre isolierte Betrachtung ohne Bedeutung ist.²⁹

Zum Schluß dieses Überblicks über die Mordmerkmale müssen wir auch die Natur des Vorbedachtes und des Auflauerns des französischen Rechts und der Überlegung des schweizerischen Rechts prüfen. An dieser Stelle hat der feine Unterschied zwischen Vorbedacht und Überlegung in der Auffassung des psychologischen Kriteriums³⁰ für uns keine Interesse. Was uns interessiert, ist ihre Natur hervorzuheben und ihre Funktion als Mordmerkmal zu präzisieren.

28. z.B. Maurach-Schröder, BT, Teilbd. 1, S. 33.

29. Göppinger, Kriminologie, S. 452.

30. Opitz, Die Scheidung der vorsätzlichen Tötungen, S. 10f.

Zuerst müssen wir betonen, daß der Vorbedacht oder die Überlegung keine Unrechtselemente sind und in keiner Beziehung zu dem tatbestandlich vertyppten Tatbild steht. Die Funktion beider ist außertatbestandlich und besteht lediglich darin, daß sie den kaltblütigen Täter charakterisiert, der als solcher einen schwereren Vorwurf verdient. Das objektive Tatbild bleibt aber trotzdem unverändert.

Das ergibt sich schon aus der Stellung der französischen Lehre, die kein so hohes Niveau feiner dogmatischer Bearbeitung wie die deutsche Strafrechtswissenschaft erreicht hat, um zwischen dem Vorsatz und den verschiedenen subjektiven und persönlichen Elementen unterscheiden zu können; deshalb ordnet sie alle diese Elemente in dem Vorsatz ein und schafft dadurch besondere Vorsatzarten. So ist auch der Vorbedacht ein spezieller schwererer Vorsatz, der sog. *dolé aggravé* oder *prémédité*.³¹ Für das schweizerische Strafrecht wieder ist die Überlegung für die Anwendung des Mordtatbestandes nur dann maßgebend, wenn sie die besonders verwerfliche Gesinnung oder die besondere Gefährlichkeit des Täters offenbart.³²

Der Vorbedacht und die Überlegung gehören eigentlich zum verbrecherischen Entschluß, dessen inneren Entwicklungsprozeß sie charakterisieren. Was wir darunter verstehen, ist der kalte und gefühllose Entschluß, der mit dem Wissen und Wollen der Tat nichts zu tun hat und eine hinterlistige und deshalb besonders verwerfliche Persönlichkeit verbirgt. Der Unterschied zwischen einer mit Vorbedacht oder Überlegung begangenen Tötung, einer gemeiner vorsätzlichen Tötung und einer im Affekt begangenen Tötung ist eigentlich nur die Schwere des Vorwurfs gegen die Persönlichkeit des Täters, die auf dem unterschiedlichen Entschlußprozeß beruht.

Also ist der Vorbedacht, wie auch die Überlegung, ein Maßstab der Persönlichkeitseinschätzung, welche als solche außerhalb der Kongruenz zwischen dem Vorsatz und dem objektiven Tatbetsand steht.³³

31. Merle-Vitu, *Traité de droit criminel*, Bd. 1, S. 588, Bouzat-Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Bd. 1, S. 529, Stedani-Levasseur, *Droit pénal général*, S. 204. In diesem Sinne auch Köhler, in *GolgtA*, 1980, S. 133.
32. Binder, in *SchwZStW*, 67, S. 322, Logoz, a.a.O., S. 15, Stratenwerth, *BT*, Bd. 1, S. 24, Thormann-Overbeck, a.a.O., S. 9
33. Binding, *Die Normen und ihre Übertretungen*, Bd. 2, S. 403, Opitz, a.a.O., S. 28. Auch Stratenwerth, *BT*, Bd. 1, S. 24.

Letzten Endes läßt sich auch dieses sog. psychologische Kriterium als ethisches erkennen, da die Einschätzung der Persönlichkeit und dadurch auch reflexiv die Einschätzung der Tat eine mehr oder weniger besonders verwerfliche Gesinnung offenbart.

Fast dasselbe gilt auch für das Auflauern (guet-apens) des französischen Rechts. Obwohl das Auflauern ein äußeres Merkmal, ja ein Tatausführungsmerkmal im Sinne des deutschen Rechts ist, ändert es das Tatbild weder nach der Intensität noch nach der Schwere der Rechtsgutsverletzung. Um so mehr, wenn das Auflauern als das äußere Merkmal verstanden wird, durch das das Vorhandensein der Überlegung festgestellt wird.³⁴ Im übrigen gilt auch hier, was wir oben für die Tatausführungsmerkmale des deutschen Rechts gesagt haben.

9. Die Natur und die Tragweite der Mordmerkmale

Nach der obigen Analyse können wir zu einem Schluß über die Natur der Mordmerkmale als Gesinnungsmerkmale kommen. Ohne das Thema der systematischen Einordnung der Gesinnungsmerkmale zu vertiefen, können wir an dieser Stelle und gemäß unserer vorerwähnten Unrechts- und Schuldaufassung die Behandlung der Gesinnungsmerkmale durch den Gesetzgeber betrachten und sagen, daß ein Gesinnungsmerkmal stets dem Unrecht angehört, wenn es strafbegründend ist, wie z.B. "arglistig" bei § 170a a.F., "roh" und "böswillig" bei dem § 223b, "gewissenlos" bei § 170c a.F. oder "gröblich" bei 170d, weil es in diesem Fall deliktstypisch ist und dem Tatbestand objektiv bestimmt. Wenn aber die Gesinnungsmerkmale strafändernd sind, müssen wir unterscheiden, ob sie den Deliktstypus des Grundtatbestandes modifizieren, oder ob sie, ohne den Deliktstypus zu berühren, bloß Anlaß zu einem anderen Strafraumen geben.¹ Im ersten Fall, wie z.B. "durch List" beim § 181 Abs.1 a.F., sind sie Unrechtsmerkmale. Im zweiten Fall aber, der auch der häufigste ist, stufen sie den Vorwurf gegen Die Täterpersönlichkeit ab, und dadurch gehören sie zur Schuld. Daneben benutzt das Gesetz manchmal die Gesinnungsmerkmale, wie "leichtfertig" beim § 311 Abs.3, um denselben Strafraumen nach unten oder nach oben zu schärfen oder zu mildern; dadurch werden die Gesinnungsmerkmale konkrete Strafzumessungshin-

34. Vouin, Droit pénal spécial, S. 158.

1. Vgl. Dreher, in GA, 1953, S. 128.

weise. Wie steht es nun mit der vorsätzlichen Tötung?

In der gesetzlichen Formulierung der vorsätzlichen Tötung gibt es drei Vorschriften: den Totschlag als Grundtatbestand, den Mord als Qualifizierungstatbestand und den Totschlag unter mildernden Umständen als Privilegierung. Jedoch unterscheiden sich diese drei Tatbestände von einander nicht durch Tatmodalitäten, wie etwa dem Wert des Tatobjekts, den Tatort usw., sondern es geht dabei um eine besonders verwerfliche Gesinnung, einen erhöhten Gefährlichkeitsgrad oder einen provozierten Affekt. Merkmale, die weder durch eine Fallaufzählung erschöpft werden können noch den Deliktstypus berühren. Hier ist, wie wir an andere Stelle erklärt haben, die Problematik abweichend von der üblichen Problematik der tatbestandlichen Abweichungen, weil das Problem des Schutzzumfangs bei der vorsätzlichen Tötung nicht erscheint. Das Strafgesetz nennt nicht, wie bei der Beschreibung der anderen Delikte, eine bestimmte Art und Weise der Tatbestandsverwirklichung. Die Tötung ist sozusagen ein atypisches Delikt. Daß es nicht möglich ist, verschiedene Tötungen, wie etwa einen einfachen mit einem schwereren Diebstahl zu vergleichen und zu behaupten, daß bestimmte Tötungen schlimmere als andere Tötungen sind, so daß der Mordtatbestand diese schlimmere Tötungen beschreibt, steht außer Frage. Also enthält der Totschlag als Grundtatbestand schon den schwersten Grad der Rechtsgutsverletzung, und dadurch sind beide Tatbestände in dem Schutzzumfang, den sie dem Rechtsgut des Lebens anbieten, identisch. Der objektive Tatbestand beider Vorschriften, §§ 211 und 212 StGB, ist identisch.

Auf der Seite der Sozialschädlichkeit also liegt keine typisierende Abgrenzung vor. Es bleibt nur noch zu prüfen, ob der Mordtatbestand einen Verhaltensunwert typisiert. Jedoch umfaßt die Tötungstat, wie sie schon im Totschlagstatbestand beschrieben wird, die sozialerhebliche Fehlleistung des Täters. Die Merkmale des § 211 betreffen weder ein Verbot noch den Unwert einer Tat oder eines Verhaltens, sondern die Vorwerfbarkeit des Verhaltens. Sie setzen genauso wie der Schuldvorwurf das gesamte Geschehen voraus, um den Täter als besonders gefährlich für die Rechtsordnung oder besonders verwerflich zu kennzeichnen. Ein typisierendes Mordunrecht bestimmen sie auch in diesem Fall nicht.

Wir meinen, dadurch werde bewiesen, daß die unselbständige Mordqualifikation nichts anderes als das Ausmaß der Schuld bestimmt.

Daß die Sache sich so verhält und daß der Mordunwert von dem Grad der persönlichen Verwerflichkeit abhängig ist, darf nicht als eine unbestimmte Typenkorrektur verstanden werden. Denn das Gesetz gibt auf der anderen Seite in § 213 eine Tötungsprivilegierung durch ein rein seelisches Merkmal, nämlich den allgemein verständlichen provozierten Affekt, wobei es wenigstens in der Lehre allgemein anerkannt ist, daß das Vorhandensein dieses Affekts die qualifizierende Wirkung der im § 211 aufgezählten Merkmale ausschließt. Wenn jemand beispielsweise in entschuldbarer heftiger Gemütsregung grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln tötet, begeht er Totschlag unter mildernden Umständen im Sinne des § 213. Und das wird auch von Autoren, wie Maurach,² behauptet, die sonst aus Rechtssicherheitsgründen nur die Exklusivität und Objektivität des Mordes vertreten. Genau diese Autoren bejahen aber eine täterstrafrechtliche Typenkorrektur, wenn sie zu recht annehmen, daß dieses höchstpersönliche Element, der psychologische Zustand des Täters, entscheidend für die Anwendung dieses oder jenes Tatbestandes ist und daß es ein objektives Merkmal des Unrechtstatbestandes beseitigen kann, wenn auch der Tatvorsatz derselbe bleibt. Die Rechtsprechung lehnt diese Sperrwirkung des mildernden Tatbestandes ständig ab, sie kommt aber durch eine einschränkende und schwer verständliche Umdeutung einiger Mordmerkmale zum gleichen Ergebnis.³

§ 213 gilt aber schlechthin nicht als Privilegierung, sondern als gesetzlicher Strafzumessungshinweis,⁴ und zwar unter dem Gesichtspunkt der Verwerflichkeitsminderung. Hier liegt folgendes vor: der starre und absolute Mordtatbestand, der keinen freien Raum für die Strafzumessung läßt,⁵ könnte durch Strafzumessungsregeln beseitigt werden. Indessen aber ist etwas derartiges nur dann denkbar, wenn auch § 211 sich durch Strafzumessungsregeln bestimmen läßt. Und wir meinen, daß die Waagschale sich auf diese Seite senkt. In Wirklich-

2. Maurach-Schröder, Bt, Teilbd. 1, S. 32f. Vgl. ferner Binder, in SchwZStW, 67, S. 317, Stratenwerth, BT, Bd. 1, S. 23.
3. OGHBrZ 1/77, 2/177, BGH 3/186, 3/ 332, 6/329(331), 7/ 325, 9/338, 11/139, BGH, in NJW, 66, S. 1824, in NJW, 67, S. 1140.
4. LK, S. 175, Maurach-Schröder, BT, Teilbd. 1, S. 42, Blei, BT, S. 18, Welzel, S. 281
5. BGH, 9/385ff, besonders, 389, 11/143. Einen krassen Fall stellt BGH 6/329 dar.

keit handelt es sich auch hier nicht um Strafbemessung, sondern um eine gesetzgeberische Strafzumessung.⁶ Die Niedrigkeit der Beweggründe, die nicht tatbestandskonstitutiven Absichten und der *modus operandi*, obwohl sozialetisch verwerflich, sind an sich nicht strafbar. Sie kommen aber wohl immer bei jedem Verbrechen bei der Strafzumessung in Betracht.

Die Tragweite dieser Auslegung des Mordtatbestandes hat gerade bei den brennenden Punkten der umstrittenen Systematik der Tötungsdelikte, wie der Wahlfeststellung und der Teilnahme, beachtliche Folgen, indem sie einheitliche Lösungen ermöglicht. Weil die Mordmerkmale Ausprägungen eines Oberbegriffes sind, haben sie keine tatbestandliche Selbständigkeit und stehen nicht im Exklusivitäts- sondern im Alternativitätsverhältnis, so daß eine Wahlfeststellung zwischen ihnen zulässig ist,⁷ wenngleich dies keine Wahlfeststellung im eigentlichen Sinne ist.⁸ Diese Auslegung erlaubt aber keineswegs eine Wahlfeststellung zwischen Mord und Totschlag. Eine solche Wahlfeststellung ist nach den allgemeinen Regeln unzulässig, weil der qualifizierende und der mildere Tatbestand zueinander im Stufenverhältnis stehen und deshalb der Täter aufgrund des Prinzips *in dubio pro reo* nur wegen des mildereren Tatbestandes zu bestrafen ist.⁹

Wo aber diese Auslegung des Mordtatbestandes schlechthin zwingend erscheint, ist der Bereich der Teilnahme. Nur dadurch kann man konsequent eine befriedigende Lösung der Teilnahme an Tötungsdelikten finden; auf jeden Fall ist die Lösung, die sich aus dieser Auslegung ergibt, systematischer und gerechter als die Lösung der Rechtsprechung und der in der Lehre herrschenden Meinung.

Nach der von der Rechtsprechung vertretenen Ansicht sind die

6. Wie hier Schröder, in SJZ, 1952, S. 562, Rangier, Das Mordmerkmal der Heimtücke nach BVerfGE 45/187, in MDR, 1980, S. 3, ders., Abgrenzung des Mordes aus der vorsätzlichen Tötung? in ZStW, 92, S. 401, Fußnote 10.
7. BGH. 22/12, Lange, in LK, 9. Aufl., S. 161, Schönke-Schröder, S. 1265.
8. Vgl. Schönke-Schröder, S. 36, Wolter, Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht, Strafrechtliche Abhandlungen, Bd. 10, S. 146.
9. BGH 15/63, Dreher, Im Irrgarten der Wahlfeststellung, in MDR, 1970, S. 369, Otto, "In dubio pro reo" und Wahlfeststellung, in PetersFest., S. 375ff, Schaffstein, Die neuen Voraussetzungen der Wahlfeststellung im Strafverfahren, in NJW, 1952, S. 278, Wolter, a.a.O., S. 24ff.

Mordmerkmale strafbegründend. Im Einklang mit einem großen Teil der Lehre wendet die Rechtsprechung daher bei der täterbezogenen Mordmerkmalen den § 28 Abs.1 an.¹⁰ Unseres Erachtens aber ist eine solche Lösung falsch. § 28 Abs.1 wird nicht bei allen persönlichen-strafbegründenden Merkmalen angewandt, sondern nur bei den besonderen.¹¹ In welchem Sinne aber ist ein persönliches Merkmal nach § 28 Abs.1 besonderes? Und sind die täterbezogenen Mordmerkmale in diesem Sinne besondere?

Unseres Erachtens nach läßt sich das Kriterium des besonderen persönlichen strafbegründenden Merkmals nur durch eine restriktive Auslegung des Terms "besonderes" bestimmen. Nämlich müssen die persönlichen Eigenschaften, Beziehungen und Umstände, die nach § 14 Abs.1 den Begriff des besonderen persönlichen Merkmals konstituieren, in der Weise das Unrecht typisieren, daß das zugehörige Verbrechen nur von einem bestimmten Täter begangen werden kann, so daß der Teilnehmer, als Mittäter oder mittelbarer Täter und unter die gleichen Umständen handelnd, in eigener Person sie nicht erfüllen kann.

Also besondere sind nur diejenigen persönliche Merkmale des Tatbestandes, die durch Mittäterschaft auf einen anderen nicht übertragen werden können.¹² Solche sind nicht alle subjektiven, täterbezogenen und persönlichkeitsbezeichnenden Elemente des Tatbestandes, wie Absichten, Motive usw., die jeder Mensch verwirklichen kann, sondern nur diejenigen Elemente, die den Tatbestand durch einen besonders großen personalen Unwert oder durch eine besonders große Verantwortlichkeit, die sie bezeichnen, in solcher Weise individualisieren, daß nur ein bestimmter beschränkter Personenkreis das zugehörige Verbrechen begehen kann. Wo das Gesetz bloß den Täter, seine Motive und seine Absichte beschreibt, oder wo das durch den Tatbestand beschriebene Tatbild eine besondere antisoziale Einstellung oder eine besondere Gefährlichkeit wiedergibt, weil die Tat sich nicht anders

-
10. BGH 22/375, 25/289. Ferner BGH 23/39. Kritisch Arzt, in NJW, 1973, S. 681ff.
 11. Herzberg, Die Problematik der "besonderen persönlichen Merkmale", in ZStW, 88, S. 79
 12. Herzberg, in ZStW, 88, S. 80, Langer, Zum Begriff der besonderen persönlichen Merkmale, in LangeFest., S. 242.
 13. Vogler, Zur Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt, in LangeFest., S. 278.

typisieren läßt, (z.B. die ausbeuterische Zuhälterei § 181 Abs.1 Nr.1 a.F.)¹⁴ liegt kein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs.1 vor,¹⁵ mit der Folge, daß die Teilnahme in diesen Fällen aksessorisch zu behandeln ist. Seinem wirklichen Sinne nach läßt sich § 28 Abs.1 nur bei den Sonderverbrechen anwenden; und der Mord ist kein Sonderverbrechen.

Diese restriktive Auslegung des § 28 Abs.1 ist nötig. Wenn man der Gegenmeinung folgt und § 28 Abs.1 bei allen strafbegründenden täterbezogenen Merkmale anwendet, muß man zwangsweise auf jeden Fall und bei allen Verbrechen des Besonderen Teils diese Vorschrift anwenden, weil die Täterschaft, die Begehung des Verbrechens mit animus auctoris, auch eine persönliche Eigenschaft des Täters ist, die bei dem Teilnehmer fehlt, so daß der Teilnehmer, da bei ihm die Merkmale und die Elemente der Täterschaft fehlen, immer nach § 28 Abs.1 zu behandeln wäre.¹⁶

Demgegenüber wird überwiegend im Schriftum die Auffassung vertreten, die Mordmerkmale seien strafscharfend, so daß die Akessorietätsauflockerung für die Absichten und die Motive aus dem Abs.2 und nicht aus dem Abs.1 des § 28 kommt, während für die tatbezogenen Merkmale "grausam", "heimtückisch" und "mit gemeingefährlichen Mitteln" die Akessorietätsregeln schlechthin gelten.¹⁷ Bei diesen tatbezogenen Mordmerkmalen aber läßt diese Ansicht viele Lücken. Wenn z.B. der Gehilfe dem ahnungslosen Täter ein Gift, das einen schmerzvollen Tod verursacht, liefert, profitiert er davon, daß der Täter nur einen Totschlag begeht. Solche Fälle kann man, aber auch dies nicht immer, nur mit der Hilfe der mittelbaren Täterschaft lösen. Eine dritte Meinung fordert die uneingeschränkte Anwendung des § 28 Abs.2 beim Mord.¹⁸

Der Mordtatbestand ist, wie die überwiegend herrschende Meinung annimmt, nur ein unselbständige Abwandlung des atypischen Totschlagstatbestandes und seine Merkmale sind strafändernd bzw -scharfend.

14. Die a.F. des § 181a StGB vor dem 23.11.1973 machte deutlicher, daß sie die parasitäre Lebensweise des Täters traf, während die n.F. auch die aktive ausbeuterische Zuhälterei trifft. Dazu Horstkotte, Kuppelei, Verführung und Exhibitionismus nach dem 4.StrRG, in JZ, 1974, S. 89.

15. Herzberg, in ZStW, 88, S. 84.

16. Langer, in LangeFest., S. 251, vgl. Gallas, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, S. 158ff.

17. Maurach-Schröder, BT, Teilbd. 1, S. 40f, Blei, BT, S. 24, Welzel, S. 285.

18. Class, in NJW, 1949, S. 83, Lange, in JR, 1949, S. 169, ders., in LK, 9. Aufl., S. 169.

Deshalb kommt bei der strafrechtlichen Behandlung des Teilnehmers an vorsätzlicher Tötung nicht der Abs.1, sondern der Abs.2 des § 28 in Betracht. Es bleibt nur noch zu prüfen, ob die Mordmerkmale die Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllen.

§ 28 Abs.2 läßt sich auf solche Fälle anwenden, bei denen der Unterschied des Verhaltensunwerts des Täters und des Teilnehmers so groß ist, daß dieser Unterschied für dieselbe Tat, in ihrer Beziehung auf jeden einzelnen Beteiligten, unterschiedliche Tatbestände und Strafraumen zur Anwendung kommen läßt. Im Gegensatz zum Abs.1 wird die Akzessorietätsauflockerung des Abs.2 des § 28 nicht durch Merkmale, die den Täterkreis einschränken, sondern (mit Ausnahme der unechten Sonderverbrechen) durch solche persönliche Merkmale definiert, die jeder Mensch verwirklichen kann, aber für den Beteiligten, bei dem sie vorliegen, einen anderen (qualifizierten oder privilegierten) Tatbestand zur Anwendung bringen.¹⁹ Wenn dies der Fall ist, nämlich wann ein persönliches Merkmal des Abwandlungstatbestandes "besonderes" im Sinne des § 28 Abs.2 ist, ergibt sich aus dem Schutzzumfang, den er dem zugehörige Rechtsgut anbietet,²⁰

Wenn ein subjektives Element des Tatbestandes ein besonderes persönliches Merkmal sein soll, muß es in einer solchen Beziehung zur Person stehen, daß der Grund der Abwandlung und der unterschiedlichen Behandlung diese enge persönliche Beziehung ist. Mit anderen Worten, es müssen der im Deliktstypus des Grundtatbestandes und der Abwandlung beschriebene Schaden und der Schutzzumfang des Rechtsguts identisch sein.²¹ In anderen Fall, nämlich wenn die persönlichen Merkmale den Deliktstypus verändern, verlieren sie ihren besonderen Charakter und haben als Folge die akzessorische Behandlung des Teilnehmers. Der Deliktstypus muß unberührt bleiben und der Grund der Abwandlung muß der Grad des personalen Vorwurfs sein.

Elemente, die in diesem Sinne als besondere persönliche Merkmale bezeichnet werden können, sind nicht nur persönliche Eigenschaften und Beziehungen, sondern auch Umstände, wie die Motive, die Absichten und die Ausführungsweise, wenn der Grundtatbestand keinen bestimmten deliktstypischen modus operandi gibt., d.h. wenn sie die persönliche Qualität des Täters kennzeichnen. Das ist aber ad hoc der Fall beim

19. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, S. 442, Gallas, Beiträge, S. 145, Schönke-Schröder, S. 371.

20. Gallas, Beiträge, S. 160, Schönke-Schröder, S. 371.

21. Vogler, in LangeFest., S. 268.

Mord, wie wir den einzelnen Mordmerkmale definiert und ausgelegt haben. Die atypische Formulierung des Grundtatbestandes der vorsätzlichen Tötung (§212 Abs.1) läßt keine andere Auslegungsmöglichkeit. Das zeigen die unbefriedigenden, lückenhaften und höchst umstrittenen Lösungen, die der BGH und die herrschende Meinung dem Problem der Teilnahme an Tötungsdelikten geben.

Die herrschende Meinung lehnt, und zwar nur aus Rechtssicherheitsgründen, diese Lösung ab, obwohl sie nur dadurch konsequent ihre Ergebnisse rechtfertigen könnte. Und zur Bestärkung ihrer Ansicht berufen sich einige Vertreter der herrschenden Meinung²² auf die Kasuistik des Tatbestandes des schweren Diebstahls (§243 StGB). Schon unter der a.F. des §243 hatte dieser Vergleich aber wenig Sinn. Erstens, weil die Fälle des § 243 wirkliche Tatmodalitäten sind, die die Intensität der Rechtsgutsverletzung durch den Ort und den Wert des Tatobjekts oder durch Umstände, die der Tat neue Merkmale hinzufügen, kennzeichnen und zweitens weil das Gesetz bei der gemeinen vorsätzlichen Tötung neben den benannten Erschwerungsgründen auch die unbenannten besonders schweren Fälle (§212 Abs.2) kennt. Was bei § 243 a.F. nicht der Fall war.

Unter den geltenden neuen Fassung des § 243, die den schweren Diebstahl durch beispielhafte Kasuistik kennzeichnet, kann niemand sich auf § 243 berufen, ohne den Strafzumessungscharakter des § 211 anzunehmen. Denn, abgesehen von der verunglückten neuen Fassung des §243,²³ ist es sehr umstritten, ob ihre Kasuistik dem Tatbestand²⁴ oder der Strafzumessung²⁵ angehört oder ob sie eine dritte Kategorie zwischen Tatbestand und Strafzumessung bildet.²⁶

-
22. Stratenwerth, in v. WeberFest., S. 180, Ullrich, a.a.O., S. 18, Welzel, in JZ, 52, S. 74.
 23. "Mischform zwischen einer auf benannten Strafschärfungsgründen beruhenden Strafzumessungsregel und einer qualifizierenden tatbestandlichen Abwandlung des Grunddelikts". Maurach, 1. Nachtrag, S. 17, Maurach-Schröder, BT, Teilbd.1, S. 295.
 24. So Peters, in Gutachten für den 41. Deutschen Juristentag, Bd. 12, S. 16.
 25. So Schröder, Gesetzliche und richterliche Strafzumessung, in MezgerFest., S.415.
 26. So Lange, in Materialien, Bd. 1, S. 83, ders., in Niederschriften, Bd. 1, S.121, ders., in 39. JUristentag, 1952, S. 84, Gallas, in Niederschriften, Bd. 12, S. 280, während er früher, in Niederschriften, Bd. 6, S. 23ff, der Meinung war, daß sie Strafzumessungsregeln seien. Eb. Schmidt und Lechner, Diskussion auf dem 41. Deutschen Juristentag, Bd. 2, S. 7B, sprechen über Vertatbestandlichung der Strafzumessungsregeln. Ähnlich Maurach, wenn er über indizielle Tatbestandsmerkmale, AT, 4. Aufl., S. 830, Maurach-Zipf, AT, Teilbd. 2, S. 422, Nachtrag, S. 17, oder pseudotatbestandliche Erscheinungen, in Materialien, Bd. 1, S.252, spricht.

Bei den Regelbeispielen ist es sicher, daß sie zum Bereich der gebundenen Taterscheinung gehören und daß es sich um ausfühlungsbedürftige Wertbegriffe handelt,²⁷ deren Ausfühlung und Anwendung das Gesetz dem Richter überläßt. Das ist ja auch ein Kennzeichen der sog. normativen Tatbestandsmerkmale. Aber wenn die Strafschärfungsgründe weder verbindlich noch abschließend sind, dann handelt es sich nicht um eine Regelung tatbestandlicher Art, sondern um Strafzumessungsregeln. Denn ein wirkliches Tatbestandsmerkmal muß kumulativ dem Benanntseins-, dem Bestimmtheits- und dem Ausschließlichkeitsprinzip genügen und läßt sich vom Gesetz nicht als Regelfall behandeln, so daß der Tatbestand durch Analogie ausgedehnt werden könnte.²⁸ Der Unterschied solcher Strafzumessungsgründe von den üblichen Strafzumessungsregeln liegt darin, daß sie dem Richter die Möglichkeit geben, den Strafraum eines Tatbestands zu überschreiten.²⁹

Daß dies beim schweren Diebstahl der Fall ist, wird von niemandem bestritten. Verhält sich die Sache, nach der Abschaffung der Todesstrafe, bei der vorsätzlichen Tötung nicht entsprechend? Neben den Mordmerkmalen stehen auch unbenannte Strafschärfungsgründe, § 212 Abs. 2, die das Gesetz genauso wie den Mord absolut mit lebenslanger Freiheitsstrafe androht. Welche Rolle spielen diese besonders schweren Tötungsfälle, wie lassen sie sich erkennen und wie unterscheiden sie sich vom Mord? Bringt die starre Mordkasuistik nur Regelbeispiele dieser besonders schweren Fälle?

Welche Antwort man darauf gibt, ist gleichgültig, weil das Ergebnis praktisch dasselbe ist. Die herrschende Meinung, wie wir gesehen haben, betrachtet die unbenannten Strafänderungsgründe als Strafzumessungsregeln. Auf jeden Fall sind die besonders schweren Fälle des

27. Kielwein, Die Stellung der unbenannten Strafänderungsgründe im System des Strafrechts, erläutert am besonders schweren Fall, Diss. Freiburg, 1964, S. 66, Peters, Gutachten für den 41. Deutschen Juristentag, Bd. 1, S. 16.
28. Milletat, Die "besonders schweren Fälle" im Entwurf 1962, Diss. Berlin, 1965, S. 40, Wessels, Zur Problematik der Regelbeispiele für "schwere" und "besonders schwere Fälle", in MaurachFest., S. 295ff.
29. Callies, Die Rechtsnatur der "besonders schweren Fälle" und Regelbeispiele im Strafrecht, in JZ, 1975, S. 112, Dreher, in GA, 1953, S. 129, Krämer, Die Regelung des schweren Diebstahls durch das 1. StrRG unter Berücksichtigung der sog. Regelbeispieltechnik, Diss. Köln, 1970, Mainwald, Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele, in GallasFest., S. 137, Wahl die Rechtsnatur der "besonders schweren Fälle" im Strafrecht, Diss. Heidelberg, 1966, Waßner, Die Stellung der besonders schweren Fälle zwischen Tatbestand und Strafzumessung, Diss. Erlangen, 1958.

§ 212Abs.2 Ausnahmefälle, und sie kommen in Betracht, wenn eine auch noch so verwerfliche Tötung ein Mordmerkmal nicht erfüllt.³⁰ Wann aber ein solcher besonders schwerer Fall vorliegt, läßt das Gesetz den Richter bestimmen.³¹

Damit aber wird auch eine Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag nach dem ethischen Kriterium überflüssig³² und die Garantiefunktion des Tatbestandes verliert ihre praktische Bedeutung, während praktische Probleme besonders im Bereich der Teilnahme³³ und der Konkurrenz in voller Schärfe bestehen bleiben und die Lehre und die Praxis spalten.

-
- 30. Oske, Der besonders schwere Fall des Totschlags im Sinne des § 212Abs.2 StGB, in MDR, 68, S. 811. RG 69/169, OGHBrZ, in DRZ, 49, S. 525, BGH 2/181, 5/130, LG Berlin, in MDR, 67, S. 511.
 - 31. Busch, in RittlerFest., S. 292f, Warnken, Ein besonders schwerer Fall, in NJW, 1969, S. 687. Zu den Widersprüchen dieser Regelung siehe Geilen, in JR, 1980, S. 311.
 - 32. Der Schönke-Schröder Kommentar, 17. Aufl., S. 1276, bezeichnet die Unterscheidung als obsolet. Siehe auch 21. Aufl., S. 1278.
 - 33. OGHBrZ 1/328, BGH 1/368, 2/255, 3/33, 6/330, 8/209, 22/275, 22/377, 23/39, 23/103, 25/289, BGH, in NJW, 69, S. 1725, BGH, in NJW, 56, S. 475, OLG Frankfurt, in HEST, 2, S. 218.

Vierter Teil

Unsere Ergebnisse

1. Die dogmatische Einheit der vorsätzlichen Tötung nach dem Gesetz

Das Ergebnis unserer Untersuchung über die dogmatische Grundlegung der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag nach dem Gesetz ist, daß beide Formen der vorsätzlichen Tötung keinen anderen Unterschied als die besondere Verwerflichkeit der Gesinnung aufweisen, die die Tötungstat beim Mord als besonders abscheulich erscheinen läßt. Die Funktion der Unterscheidung erschöpft sich dogmatisch darin, daß der Mordtatbestand dem Richter Hinweise für die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe gibt. Die begriffliche und folglich die dogmatische Einheit der Tötungsdelikte ist nicht zu bestreiten. Die gemeine vorsätzliche Tötung bildet nur einen einheitlichen objektiven Tatbestand, und die Differenzierung erfolgt erst im Bereich der Schuld.¹

Allerdings ist nicht zu bestreiten, daß die sozialetische Bewertung und die Abstufung der Tötungsdelikte auf einer sozialetisch-juristischen Bewertung beruhen, die die einzelnen Formen der gemeinen vorsätzlichen Tötung so voneinander differenzieren könnte,² daß sie dadurch einen konkreten deliktstypischen Inhalt erhielte. Verhält es sich aber auch beim Mord so? Unser Ergebnis war negativ. Die sozialetische Betrachtung stuft die Tötungsdelikte je nach ihrem Verwerflichkeitsgrad ab, und sie kennzeichnet den Mord als die besonders verwerfliche Tötung. Trotzdem stoßen wir auf erhebliche Schwierigkeiten, wenn wir versuchen, den Begriff des Mordes zu bestimmen. Das führt auf die Frage, was der Sinn der besonderen Verwerflichkeit ist und warum sie uns keinen begrifflichen typisierenden Unterschied zwischen Mord und Totschlag geben kann.

Die Antwort ist, daß die sozialetisch-juristische Bewertung trotz des persönlichen Charakters eines Merkmals eine objektive Begriffs-

1. Wie hier Engisch, in GA, 1955, S. 165, Oehler, Das objektive Zweckmoment der Handlung, 1960, S. 148, Schröder, in SJZ, 1952, S. 163.

2. Otto, Strafrecht, BT, S. 17ff, 25.

bestimmung liefern kann, wenn der Begriffsinhalt dieses Merkmals allgemein anerkannt ist. Die besondere Verwerflichkeit erfüllt jedoch diese Voraussetzung nicht. Die besondere Verwerflichkeit einer Tat oder einer Gesinnung kann man nicht abstrakt und begrifflich bestimmen, sondern nur intuitiv von Fall zu Fall erfassen. Kriterien wie grausam, heimtückisch, mit gemeingefährlichen Mitteln usw. haben keine allgemeine Gültigkeit, und auf jeden Fall ist ihre begriffliche Abstraktheit und Dehnbarkeit offenbar. Denn weder erschöpft ihre Aufzählung den Begriff der besonderen Verwerflichkeit, noch begründen sie, wenn diese Begriffe vorliegen ohne weiteres einen besonders verwerflichen Fall.

Ein solcher Begriff oder einzelne dehnbare Kriterien, die ihn konkretisieren mögen, lassen sich nicht zu Tatbestandsmerkmale erheben, und wenn das gleichwohl der Fall ist, ziehen sie eine Menge von Unzulänglichkeiten nach sich. Es wäre richtiger und konsequenter, wenn die Feststellung der besonderen Verwerflichkeit einer vorsätzlicher Tötung unmittelbar den Kriterien der Strafzumessung des § 46 überlassen würde, wie es sich im geltenden Recht sowieso verhält, wenn der § 211 die Strafzumessungsregeln des § 46 wiederholt. Im geltenden Recht nimmt logisch der Gesetzgeber und nicht der Richter innerhalb des Tatbestandes der vorsätzlichen Tötung die Strafzumessung vor und bindet so den Richter von vornherein. Das erklärt auch, warum der Gesetzgeber für den Mord eine absolute Strafe androht, deren Verhängung nicht fakultativ, sondern immer obligatorisch angeordnet ist. Eine andere Frage ist, ob eine solche Taktik des Gesetzgebers kriminalpolitisch tauglich ist. Damit beschäftigen wir uns in diesem Kapitel.

2. Die Unmöglichkeit einer begrifflichen Unterscheidung

Das Problem der Unterscheidung und der Typisierung der besonders verwerflichen Tötung, um das sich alle unsere Bemühungen drehen,¹ hat keine geglückte und allgemein anerkannte Lösung gefunden. Jede mögliche Durchführung der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag hat ebenso zahlreiche und große Mängel wie die anderen. Welche Kriterien auch immer der Gesetzgeber benutzt, keine Lösung hat allgemeinen Beifall gefunden. Dagegen betonen alle Autoren die Untauglichkeit des gesetzlichen Textes für eine klare Begriffsbestimmung.

1. Sax, in, ZStW, 64, S. 399.

mung und Tatbestandsabgrenzung.² Worin der Grund dafür liegt, glauben wir schon gezeigt zu haben. Das Ergebnis unserer Forschung ist, daß eine begriffliche Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag, wenigstens im Sinne der Formulierung des StGB, nicht nur höchst umstritten ist, sondern auch, daß sie inhaltsleer und undurchführbar ist. Denn es hat sich ergeben, daß es sich um einen Tatbestand mit Strafzumessungshinweise handelt, obwohl es heute noch Meinungen gibt,³ die den Mord als eine juristische Vorgegebenheit betrachten. Auch diese Meinungen können aber darauf nicht antworten, was eine Tötung zur besonders verwerflichen qualifiziert.

Sicher ist, daß der Mord als Qualifikation des Totschlags nach der gesetzlichen Regelung einen größeren Unwertgehalt in sich trägt. Das Problem aber ist, worin dieser Unwert besteht. Die übliche Antwort, daß er in der besonderen Verwerflichkeit liegt, ist eine Tautologie. Denn das "besonders verwerflich" ist eine leere Formel, die nicht mehr sagt als der Begriff des "besonderen Unwerts". Damit aber wird die Brauchbarkeit und die Zweckmäßigkeit der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag zweifelhaft. Das sollte das konsequente Ergebnis aller Bemühungen sein, den Mord aus dem Gattungsbegriff der vorsätzlichen Tötung herauszuheben; die Schwierigkeiten, auf die sie stoßen, beweisen, daß der Mord kein a priori juristischer Begriff ist, sondern eine Worthülse, die bereit ist, dem Werturteil "besonders verwerflich" die verschiedensten Inhalte zu geben.

Darin liegt der Grund, warum der Mord kein fester und einheitlicher Begriff ist. In ihrem Versuch, die besondere Verwerflichkeit zu konkretisieren, stellen die Gesetzgebungen und die Entwürfe Absichten, Begehungsarten, Beweggründe u.a. auf der gleichen Ebene zusammen. Eine solche Konkretisierung müßte aber deutlich zeigen, was eine Gesellschaft für besonders verwerflich hält; sonst ist sie willkürlich.

Ich bin der Meinung, daß dieses letztere der Fall ist. Wenn man die verschiedenen Gesetzgebungen, die Lehrmeinungen und die Reformvorschläge vergleicht, muß man sich davon überzeugen, daß eine gesetzliche Beurteilung, welche Tötungen die schwereren und verwerflicheren sind, ohne ein gewisses Maß an Willkür nicht möglich ist.⁴ Das

2. Rieß, in NJW, 68, S. 629

3. Horstkotte, a.a.O., S. 6

4. v. Liszt, in VD, Bd. 5, S. 77. Von Zeit zu Zeit werden auch Tötungen als Mordmerkmale vorgeschlagen, die mit der erhöhten Verwerflichkeit des Mordes nichts zu tun haben, wie z.B. die Tötung eines Beamten im Amt oder wegen seines Amtes,

ist darauf zurückzuführen, daß es keine Übereinstimmung der moralischen Anschauungen gibt, und es wird sie sicher in der pluralistischen und liberalen Gesellschaft auch künftig nicht geben.⁵ Deshalb hat jede Gesetzgebung und jeder Reformvorschlag seine eigenen Verwerflichkeitsmerkmale, die alle zusammen eine so große Menge von schweren Tötungsfällen bilden, daß es sehr schwierig, wenn nicht unmöglich, ist, einen umfassenden Mordtatbestand aufzubauen, der befriedigend alle Forderungen in sich erschöpft.⁶

Wie schon betont, läßt sich aber die besonders verwerfliche Gesinnung, die dem Mord seine besondere Verwerflichkeit verleiht, weder erschöpfend noch durch allgemeine und in jedem Fall geltende Merkmale typisieren, sondern sie ergibt sich aus der Bewertung des konkreten Falls. Es scheint, daß der Gesetzgeber bei der Gestaltung des Mordtatbestandes keine klaren Vorstellungen darüber hatte, was er zum Ausdruck bringen wollte. Die Kasuistik, an sich ein technischer Mangel des Gesetzes, und die Tatsache, daß der Gesetzgeber Bedenken hatte, dem Richter die Anwendung eines rein normativen Begriffes zu überlassen, sind dafür die besten Beweise.

Ist aber eine Bestimmung des Mordtatbestandes überhaupt erreichbar? Schon im gemeinen Rechtsbewußtsein gibt es keinen festen Mordbegriff. Zwar nennt das Volksbewußtsein die abscheulicheren Tötungen Mord, aber diese Bezeichnung beruht mehr auf einem Gefühl des Abscheus als auf einer klaren Vorstellung. Niemand könnte mit Sicherheit sagen, worin nach dem allgemeinen Rechtsbewußtsein der Unterschied zwischen Mord und Totschlag eigentlich besteht.⁷ Der Mord ist ein fließender und beweglicher Begriff, der sich durch kein Merkmal konkretisieren läßt. Eine solche mangelhafte Typisierung kann aber das gemeine Rechtsbewußtsein, auf welches man sich gerade

unabhängig von der Niedrigkeit der Beweggründe, oder weltanschaulich, politisch und religiös motivierte Tötungen, die eine gewisse Gefährlichkeit des Täters typisieren wollen. Kießling, a.a.O., S. 129, Schwalm, in MDR, 1958, S. 397, Seidel, a.a.O., S. 108ff, 119ff. In dieser Hinsicht ist der Mord ein ausdehnbarer sowie auch eingeschränkter Begriff. Man kann die Mordmerkmale so vermehren, so daß der Mord praktisch zur normalen vorsätzlichen Tötung, nämlich zum Grundtatbestand, und der Totschlag zu einer Privilegierung wird. Arzt, in ZStW, 83, S. 13, Baldus, in Niederschriften, Bd. 7, S. 60.

5. Vgl. Schwalm, in MDR, 1958, S. 397.

6. v. Liszt, in VD, Bd. 5, S. 25.

7. Ders., a.a.O., S. 68.

deshalb beruft, um die Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag zu rechtfertigen, weil sie weder die abscheulicheren Tötungen erfassen kann, noch ihre Erfüllung in concreto ohne weiteres eine Tötung als besonders schwere qualifiziert.

3. Die Ungerechtigkeit der absoluten Strafe

Viel wichtiger als die dogmatischen und systematischen Unzulänglichkeiten, die die Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag hervorbringt, ist der Einwand, daß sie mit ihrer mosaïschen Strenge den Anforderungen einer modernen und rationalen Kriminalpolitik kaum standhalten kann. Eine gerechte und individualisierte Strafe, Spezialprävention und Resozialisierung lassen sich infolge der Absolutheit- und Starrheit der Mordstrafe nicht verwirklichen. Es scheint, als ob der Gesetzgeber des Mordtatbestandes nur oder überwiegend von generalpräventiven Gedanken ausgegangen ist.

Gewiß, wie schon an anderer Stelle gesagt, ist der Gesetzgeber der neuen Fassung des § 211 seinen ausgesprochenen Zielen nach weder von Gesichtspunkten der Generalprävention noch von der Idee des psychologischen Zwanges ausgegangen. Er beabsichtigte die Einführung des normativen Tätertyps. Deshalb führte die neue Fassung zwei Tätertypen ein, von denen sie a priori den einen, den Mörder, für besserungsunfähig hielt. Diese Reform₁ hat von Anfang an ihre Ziele nicht erreicht, nicht wegen des Sturzes des NS-Regimes kurz nach ihrer Einführung, sondern vor allem deswegen, weil es keinen normativen Tätertyp gibt. Schon vor Kriegsende betrachtete die Mehrheit der Juristen den § 211 nicht als Umschreibung eines Tätertyps, sondern als einen echten Tatbestand. Nach dem Kriegsende hat niemand mehr den tätertypologischen Charakter des § 211 vertreten. Auf der Grundlage des Tatstrafrechts aber läßt sich der § 211 kaum rechtfertigen, da dieses Strafrecht keine willkürlichen Einteilung der Tätertypen verträgt und die Abstraktheit des Tatbestandes nicht a priori im konkreten Fall eine absolute Strafe rechtfertigt. Deshalb bekommt der § 211, ausgelegt und angewandt nach den Denkkategorien des Tatstrafrechts eine Starrheit wie die Gesetzgebungen der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, die die verschiedenen Verbrechenarten kasuistisch beschrieben und mit einer übermäßigen Kasuistik die entsprechende Strafe abstuften.

1. Siehe oben, S. 42f.

Damals, als die Demokratie in den verschiedenen europäischen Staaten ihre ersten Schritte machte, wurde die Allgemeinheit und die Vollkommenheit des Strafgesetzes sowie die Gleichheit in der Behandlung vor dem Strafrichter durch einen möglichst engen Strafraumen gesucht. Diese Spannung zwischen gesetzlicher Strafbemessung und richterlicher Strafzumessung gilt aber heute als überwunden. Schon im vorigen Jahrhundert war von vielen anerkannt, daß nicht nur absolute Strafen, sondern auch ein sehr bescheidener Strafraumen von Übel ist und der Gerechtigkeit widerspricht. Verbrechen ist nicht gleich Verbrechen. Zwar gibt der Tatbestand eine allgemeine und abstrakte Beschreibung der Verbrechensart; ebenso muß der Gesetzgeber aber beachten, daß nicht alle Taten, die denselben Tatbestand erfüllen, gleich sind, so daß sie mit mathematischer Gleichheit geahndet werden könnten. Etwas derartiges wäre gerecht, wenn alle Taten, die denselben Tatbestand verwirklichen, nicht nur unter ähnlichen, sondern unter genau denselben Umständen begangen würden und ihre Täter in jeder Hinsicht, biologisch, psychologisch, geistig, sozial usw. gleich wären. Eine solche Gleichheit gibt es aber nicht, und gerade deshalb entspricht die ungleiche Bestrafung der wirklichen Gleichheit und der Gerechtigkeit.

Soweit wir Gerechtigkeit walten lassen wollen, müssen wir also zwangsläufig die Individualisierung der Strafe als unantastbares Element der Strafjustiz befürworten. Die aus der Tatbestandsstarrheit und -abstraktheit ergebene Gefahr, alle untereinander ungleichen Fälle mit demselben Maß zu messen, können wir nur durch einen weder zu engen noch zu weiten Strafraumen begegnen, der der individualisierenden richterlichen Strafzumessung die Möglichkeit läßt, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln.² Genauer gesagt, ist der Strafraumen die Brücke zwischen dem starren und abstrakten Tatbestand und der flexiblen und konkretisierenden Strafzumessung.³

Dieses Spannungsverhältnis zwischen gesetzgeberischen Strafbemessung und richterlicher Strafzumessung wird beim Mord zugunsten des Gesetzgebers glöst. Beim Mordtatbestand werden Unrecht, Schuld und Strafzumessung zu Lasten der Gerechtigkeitsidee in eines zusammen-

2. Schröder, Gesetz und Richter im Strafrecht, 1953, S. 9.

3. Hassemer, Die rechtstheoretische Bedeutung des gesetzlichen Strafraumens, in RadbruchGedSchrift, S. 284.

mengefaßt. Während das Unrecht, entweder steigerungsfähig oder nicht, die Qualität des Verbrechens, nämlich seine objektive Schwere, widerspiegelt, schildert die Schuld als Grundlage der Strafzumessung die Quantität, nämlich die subjektive Schwere des Verbrechens. Als solche aber läßt sich die Schuldschwere nicht von vornherein durch abstrakte Merkmale bemessen, sondern sie ist immer individuell -wenn auch natürlich von der Schwere des begangenen Unrechts beeinflusst- zu bestimmen. Den Unterschied der Schuldschwere gibt es auch bei Straftaten derselben Art, z.B. bei zwei Diebstählen, und es spiegelt die unterschiedliche Schwere dieser Straftaten wider, der auch die unterschiedliche Strafzumessung entsprechen soll. Ja, sogar die Mittäter desselben Verbrechens werden unterschiedlich behandelt. Bei der Bemessung der Strafe eines Verbrechens muß der Gesetzgeber also immer die Tür für die Individualisierung der Strafe offen lassen. Seine Aufgaben erschöpfen sich darin, den Tatbestand zu beschreiben und die Straffolge unter Berücksichtigung der objektiven Schwere des zugehörigen Verbrechens so zu bemessen, daß ein vernünftiger Straffrahmen zur Verfügung des Richters bleibt.⁴ Das übrige ist Aufgabe des Richters.

Die Unantastbarkeit der individualisierenden Strafzumessung wird von der neueren Wissenschaft einhellig betont. Der Straffrahmen innerhalb dessen die Individualisierung der Strafe zugunsten der Spezialprävention und der Gerechtigkeit stattfindet, ist für das richterliche Urteil von entscheidender Bedeutung. Bei absolut bestimmten Strafen dagegen folgt der Richter bei der Verurteilung demselben Denkprozeß wie bei der Freisprechung.⁵ Er prüft nur, ob das Verhalten die Voraussetzungen des Tatbestandes erfüllt und spricht automatisch die Rechtsfolge aus. Bei der Freisprechung ist dieser Denkprozeß der logisch einzig gebotene, und hier kann es nicht anders sein. Im Falle der Verurteilung aber ist dasselbe Verfahren unlogisch und ungerecht. Die Strafzumessung erschöpft sich nicht in der Bewertung der Tatbestandselemente, eine Bewertung, die vom Gesetz vorgegeben ist, sondern sie prüft diese Elemente unter dem Blickwinkel des konkreten Täters sowie auch anderer Persönlichkeitselemente, die außerhalb des zugehörigen Tatbestandes stehen.

Die absolut bestimmte Strafe, die den konkreten Täter nicht be-

4. Bruns, Strafzumessungsrecht, S. 70.

5. Wie zutreffend Hassemer, in RabruchGedSchrift, S. 287, bemerkt.

rücksichtigt, ist eine Anomalie für das moderne Recht, und sie bringt häufig die Rechtsprechung in ein Dilemma, das schwer zu lösen ist.⁶ Um ungerechte Ergebnisse bei ungleichen Fällen, die aber denselben Tatbestand erfüllen, zu vermeiden, kommen die Lehre und die Praxis durch feinsinnige Unterscheidungen zu einer komplizierten Auslegung, die weitere kasuistische Unterteilungen und nicht zuletzt Rechtsunsicherheit mit sich bringt. Und es ist nicht unwahrscheinlich, daß es ein Gericht bei schreiender Ungerechtigkeit vorzieht, statt die absolute Strafe zu verhängen, die Straftat zu verneinen oder durch den Umweg der verminderten Schuldfähigkeit zu einer milderen Strafe zu kommen,⁷ wobei der letztere Weg nicht immer gangbar ist.⁸ Beide Wege sind aber nicht zu billigen.

Wie bei jeder Begehung eines Verbrechens ist auch bei Tötungen Mord nicht gleich Mord, so daß auch der Mord nicht ohne Unterschied mit einer absoluten Strafe, und zwar mit der schwersten, bestraft werden sollte. Beim Mord erhebt sich aber neben diesem allgemeinen kriminalpolitischen Problem noch ein anderer Einwand, der die kriminalpolitische nicht richtige Behandlung des Täters zeigt. Der Mord ist kein selbständiger Tatbestand. Er ist eine unselbständige Abwandlung des Totschlags; er hat mit dem Totschlag den objektiven Tatbestand gemeinsam. Die Mordmerkmale, entweder echte Tatbestandsmerkmale oder nicht, bezeichnen nicht die Tat, sondern die besonders skrupellose und verwerfliche Gesinnung des Täters. Gerade deshalb sollte der Gesetzgeber den Weg für eine individualisierende Strafzumessung nicht versperren. Der Gesetzgeber von 1943 ging von völlig anderen Gedanken aus. Heute legen wir die Tötungsdelikte, mit Recht, anders aus. Wir verstehen heute unter Mord und Totschlag zwei sehr eng miteinander verbundene Tötungstatbestände, die sich nur oder überwiegend durch Persönlichkeitsmerkmale voneinander unterscheiden. Deswegen sollten ihre Strafen denselben Bezugspunkt haben.

Schon am Anfang unseres Jahrhunderts forderte F. v. Liszt eine gerechte Bestrafung, insofern als die Strafen vom Gesetz so gestaltet werden müssen, daß die Strafraumen untereinander verwandter, aber vom

6. Siehe z.B. BGH 6/329.

7. Vgl. Baumann, S. 667, Maurach-Zipf, AT, Teilbd. 2, S. 416, 376, Peters, Fehlerquellen im Strafprozeß, Bd. 1, 1970, S. 154f, Rüping, in JZ, 1979, S. 617, Schmidhäuser, S. 776.

8. Schmidhäuser, S. 778. Für die Umwege der Rechtsprechung, siehe auch, Geilen, in JR, 1980, S. 312. Eingehend dazu Sessar, Die Umgehung der lebenslangen Freiheitsstrafe, in MSchKrim., 1980, S. 193ff.

Gesetzgeber in der Bestrafung unterschiedlicher Delikte ineinander übergreifen müssen, so daß das Mindestmaß des schwerer bestraften Falls milder als das Höchstmaß des milder bestraften Falls sein müsse.⁹

Dem ist zuzustimmen. Nur so wird dem Richter die Möglichkeit gewährt, einen an sich milderen Fall, der die Merkmale des mit schwererer Strafe bedrohten Tatbestandes aufweist, auch wirklich milder zu bestrafen als einen an sich schwereren Fall, der unter den milder bedrohten Tatbestand subsumiert werden muß.¹⁰

Diese Forderungen sind aber bei der vorsätzlichen Tötung nach dem heutigen Stand der Gesetzgebung kaum erfüllbar. Der Mord als Totschlagsqualifizierung braucht eine schwerere Strafe als die Totschlagsstrafe. Anders wäre die Spaltung der vorsätzlichen Tötung sinnlos. Als solche Strafe aber bleibt, weil der Totschlag schon die Grenzen der zeitigen Freiheitsstrafe erschöpft, nur die lebenslange Freiheitsstrafe, die das Gesetz absolut androht, ohne Raum für die Strafzumessung zu lassen.

4. Mein Vorschlag

Außer den begrifflichen, dogmatischen und systematischen Einwänden, die jeweils gegen sie geltend gemacht werden, ist die Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag also auch mit der modernen kriminalpolitischen Tendenz nicht vereinbar. Von Spezialprävention kann bei der absoluten Strafdrohung für den Mord keine Rede sein. Auch generalpräventiv kann man sich von ihr nichts versprechen. Die Erfahrung lehrt, daß die Abschreckungskraft der Strafe gerade bei den schwersten Verbrechen, bei denen die Strafdrohung nur oder überwiegend von generalpräventiven Gründen ausgeht, nur einen kleinen Einfluß, wenn überhaupt, hat. In Wirklichkeit liegt der Spaltung der vorsätzlichen Tötung die Idee der Blutrache zugrunde, die durch die Härte und die Starrheit in der Strafbehandlung der Täters noch überlebt. Setzen wir außerdem die Erkenntnis in Rechnung, daß die Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag weder erreichbar noch erfolgreich ist, sollte sie seit langem der Geschichte angehören.

9. Siehe v. Liszt, in VD, Bd 5, S. 26

10. Göppinger, Kriminologie, S. 426

Obwohl diese Einwände nicht neu sind,¹ halten alle deutschen Entwürfe, mit Ausnahme des Ent. 1925, an der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag fest, und zwar bilden sie seit 1936 den Mordtatbestand stets mit Hilfe einer strengen Kasuistik. Inzwischen ist die Kasuistik geltendes Recht geworden und alle ihre Unzulänglichkeiten sind nicht nur in Deutschland durch die Tat bewiesen worden. Trotzdem verzichteten die deutschen Entwürfe der Nachkriegszeit auf die Unterscheidung oder wenigstens auf ihre kasuistische Durchführung nicht. Jedoch ahnte v. Liszt schon am Anfang unseres Jahrhunderts, daß die Strafgesetzbücher mit der allzu großen Zahl von Paragraphen und den feinsinnigen Begriffsunterscheidungen ihren geschichtlichen Zweck verfehlt hatten.²

Die neueren kriminalpolitischen Tendenzen haben dieser Ansicht Recht gegeben. Die neuere Entwicklung des Strafrechts, strebt, soweit das Rechtsstaatlichkeitsprinzip das erlaubt, durch die Anwendung von allgemeinen und elastischen Begriffen nach der Entlastung der Tatbestandsbildung von der starren kasuistik, damit der Richter bei jeder konkreten Tatbestandsverwirklichung der Schwere des begangenen Unrechts und der Schuld besser gerecht werden kann. Deliktsarten wie Mord und Totschlag, die auf einer gemeinsamen Grundlage beruhen, die die allgemeinen Elemente, wie die Handlung, der Erfolg, die Kausalität und das Unrecht, also den ganzen Tatbestand, gemeinsam haben, und ihren Unterschied nur im Maße ihrer sozialetischen Verwerflichkeit finden, lassen sich sehr schwer mit dieser Entwicklung vereinbaren, um so weniger, wenn sie dieses Verhalten auch noch durch umstrittene kasuistische Aufzählung typisieren.

Wir müssen also die veraltete gesetzliche Formulierung der vorsätzlichen Tötung überwinden und neue Begriffe gewinnen. Nach dem Mißerfolg aller Versuche und aller benutzten Kriterien und Merkmale bleiben als Alternative das schweizerische Modell und die einheitliche Formulierung. Beide Möglichkeiten sind im Grunde nicht sehr verschieden; denn der Mordtatbestand des schwStGB setzt Maßstäbe für alle Tatbestände, die neben der zeitigen Freiheitsstrafe auch die

1. Vgl. Amtliche Begründung des Ent. 1927, S. 57f, Schöder, in Materialien, Bd. 1, S. 284
2. Vgl. v. Liszt, in VD, Bd. 5, S. 25
3. Vgl. Claß, Zum Verhältnis des § 211 zum § 50 StGB, in NJW, 1949, S. 84, Freudenthal, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, 1901, S. 29, Sax, in ZStW, 64, S. 299, 401, Eser-Koch, Die vorsätzlichen Tötungstatbestände, in ZStW, 92, S. 161, Fußn. 3.

lebenslange androhen. Wenn Art. 112 schwStGB im allgemeinen Teil eingeordnet würde, dann könnte er seine Aufgaben ebenso erfüllen.

Ein nicht vollständiger Schritt in dieser Richtung ist, wie wir gesehen haben, der Alternativentwurf, der den Strafzumessungscharakter seiner Aufzählung der schwereren Tötungsfälle deutlich macht. Aber obwohl der AE eine wichtige Korrektur bringt, insofern er die Verhängung der Mordstrafe nicht obligatorisch androht, typisiert er auch von vornherein gewissermaßen die Strafzumessung, wenn gleich der Mordtatbestand dadurch eingeschränkt wird. Allerdings erhebt sich hier noch ein zusätzliches Problem, nämlich die Frage, aufgrund welchen weiteren Kriterien der Richter sich beim Vorliegen eines Erschwerungsgrunds entscheiden muß, ob er die lebenslange Freiheitsstrafe verhängen soll oder nicht. Dadurch wird die Gefahr begründet, daß sowohl die Rechtsprechung als auch das gemeine Rechtsbewußtsein schon aus dem bloßen Vorliegen der im Tatbestand genannten Merkmale die besondere Verwerflichkeit folgern werden.

Wir meinen, daß die besondere Verwerflichkeit einer Tötung, der Konzeption des AE nach, nicht ausreicht, um die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe zu rechtfertigen. Und mit Recht, weil jede Tötung in sich eine solche besondere Verwerflichkeit einschließt. Nach dem AE hängt die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe von etwas mehr ab. Nicht wenn die Tötung bloß besonders verwerflich ist, sondern wenn sie zugleich eine unerträgliche Verletzung des gemeinen Rechtsbewußtseins darstellt. Wie diese unerträgliche Verletzung festzustellen ist, überläßt der AE den allgemeinen Strafzumessungsregeln. Damit schafft der AE jedoch nicht völlig die Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag ab, beschränkt aber drastisch die Möglichkeiten der Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe, insofern er diese Strafe als eine Ausnahmestrafe für höchst außerordentliche Fälle anordnet.

Unsere Ansicht ist, den vom AE eingeschlagenen Weg weiterzugehen, insofern wir die Abschaffung der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag, die Mißbilligung jeder kasuistischen Aufzählung, auch im Sinne des AE, und die Annahme der einheitlichen Regelung der vorsätzlichen Tötung vorschlagen. Die zugehörige Vorschrift kann etwa so gestaltet werden:

1. Wer einen anderen Menschen vorsätzlich tötet,

wird mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.

2. In besonders schweren Fällen kann lebenslange Freiheitsstrafe eintreten.⁴

Gewiß, gegen eine solche Regelung sprechen einige und besonders in Deutschland stark vertretene Einwände,⁵ in erster Linie der Einwand aus dem Rechtsstaatlichkeitsprinzip, dessen Vertreter aber die Ergebnisse der ausländischen Wissenschaft und Rechtspraxis ignorieren.

Ausgehend von den Gegebenheiten der kriminologischen Forschung stellen wir fest, daß die Kriminologie, obwohl sie sich seit langem darum bemüht, den Begriff der verschiedenen Verbrechen aus ihren Erscheinungsformen zu erfassen, mit empirischen Mitteln nicht in der Lage gewesen ist, den Begriff des Mordes zu erfassen und zwischen ihm und dem Gattungsbegriff der vorsätzlichen Tötung zu unterscheiden.⁶ Warum, haben wir an anderer Stelle erklärt. Aus der empirischen Charakterologie der verschiedenen Verbrecher ergibt sich auch kein Unterschied zwischen Mörder und Totschläger im Sinne des § 212, wohl aber zwischen Mörder und Totschläger im Sinne des § 213. Das bestätigt auch die Sprache, die für den Täter des § 212 über keinen eigenen Terminus verfügt. Kriminologisch haben wir also nur zwischen Mörder (§ 211, 212) und Totschläger (§ 213) zu unterscheiden. Zwischen dem Täter des § 211 und dem Täter des § 212 gibt es keinen großen Unterschied. Charakterologisch sind sie im Grunde gleich und unterscheiden sich durch ihre persönliche Eigentümlichkeiten wie die Täter eines jeden anderen Verbrechens.

Davon müssen wir für die Regelung der vorsätzlichen Tötung ausgehen. Erfahrungsgemäß wird der Täter einer vorsätzlichen Tötung (Mörder oder Totschläger im Sinne des § 212) durch seelische Roheit, Gefühllosigkeit, übermäßige Tatkraft, Hartnäckigkeit und Beharrlichkeit charakterisiert, während der Totschläger hitzig, leicht erregbar und unbeherrscht ist, was ihm die Affektexplosion verursacht. Wenn die Sache sich aber so verhält, qualifizieren nicht bestimmte Umstände eine vorsätzliche Tötung zur besonders verwerflichen, sondern jede vorsätzliche Tötung, außer der Affekttötung, ist im Prin-

4. Eine ähnliche Regelung schlägt auch Rangier, in ZStW, 92, S. 479, vor.

5. Statt anderer siehe Dreher, in MDR, 1961, S. 344, Siol, a.a.O., S. 154.

6. Siol, a.a.O., S. 7

zip besonders verwerflich. Wer vorsätzlich tötet, bringt immer seine sehr geringe Hemmung bezüglich einer Verletzung des höchstens Rechtsguts zum Ausdruck.

Eine einheitliche Regelung der vorsätzlichen Tötung hat den Vorteil, daß sie alle Tötungen sachgerecht behandeln kann,⁷ während sie alle dogmatischen, systematischen und kriminalpolitischen Unzulänglichkeiten der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag beseitigt. Bedenken gegen eine solche Regelung könnte man nur aus rechtsstaatlichen Gründen erheben, daß sie dem Richter nämlich so große Freiheit lasse, die sich zur Willkür entwickeln könne. Dieser Einwand ist der wahre Grund, weswegen die Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag von vielen Gesetzgebungen noch nicht abgeschafft worden ist.

Eine kritische Betrachtung kann aber auch diese Bedenken beseitigen, denn, wenn eine Tötung, die die Voraussetzungen des § 211 nicht erfüllt, besonders verwerflich ist, kann sie nach dem Ausnahmefall des § 212 Abs.2 auch heute mit der absoluten Mordstrafe geahndet werden.⁸ Ist es nicht in diesem Fall dem Richter anvertraut, zu bestimmen, ob ein besonders schwerer Fall vorliegt? In anderen Fällen wiederum droht der Gesetzgeber, und zwar auch der deutsche Gesetzgeber, neben der zeitlichen die lebenslange Freiheitsstrafe an, und zwar ohne jede Voraussetzung für ihre Verhängung,⁹ oder er stellt dem Richter einen extrem weiten Strafrahmen zur Verfügung, z.B. von einem bis zu fünfzehn Jahren,¹⁰ der genauso unbestimmt ist. Viele dieser Verbrechen sind politische Delikte, die allerdings die Praxis ganz selten beschäftigen. Daß ein rein politisches Delikt, wie z.B. der Hochverrat, nicht jeden Tag, wie z.B. der Diebstahl, begangen wird, liegt in seiner Natur. Auf jeden Fall aber spielt die Garantiefunktion der Rechtsstaatlichkeitsprinzips gerade im Bereich der politischen Kriminalität ihre wichtigste Rolle. Trotzdem hat niemand rechtsstaatliche Einwände gegen diese Vorschriften erhoben. Wenn eine auf Überlegung, Gesinnung, Motivation usw. beruhende Unterscheidung so wichtig für die Rechtsstaatlichkeit und für eine vernünftige Kriminal-

7. Siehe Kienapfel, Grunriß des österreichischen Strafrechts, BT, 1, Rdn. 8

8. Vgl. Warnken, in NJW, 1969, S. 687, Oske, in MDR, 1960, S. 811f, Schöнке-Schröder, S. 1278

9. Siehe z.B. §§ 80, 81, 94 Abs.2, 100 Abs.2, 229, Abs.2, 239a Abs.2, 251, 307, 312, 316c Abs.2, 324

10. Siehe z.B. §§ 100Abs.1 und 177 Abs.1

politik wäre, müßte sie unbedingt auch bei diesen Verbrechen eingeführt werden. Wenn sie aber bei ihnen überflüssig ist, müssen wir mit v. Holzendorf die Unterscheidung nur als eine willkürliche Singularität der vorsätzlichen Tötung betrachten, die deshalb abgeschafft werden muß.¹¹

Was in dieser Auseinandersetzung wirklich auffällt, ist, daß Strafrechtler wie Rüping, Siol und die Teilnehmer am 53. Deutschen Juristentag, die in der einheitlichen Formulierung eine Verletzung des Bestimmtheitsgebots des Art. 103 II GG sehen, meinen, dieses Gebot dadurch gerecht zu werden, daß sie für die Lösung des Problems der Mordtatbestandsgestaltung Regelbeispiele vorschlagen.¹² Führt die regelbeispielhafte Kasuistik nicht zu einer Ausdehnung des Tatbestandes durch Analogie? Auf jeden Fall aber überläßt man, wenn man die Regelbeispiele einer Generalklausel, wie der besonderen Verwerflichkeit beim Mord, mit einer Gegenindikation, z.B. achtenswerten Beweggründen, verbindet, die Lösung des Problems völlig der Strafzumessung.¹³ Deshalb ist es in jeder Hinsicht vorzuziehen, anstatt fruchtlose Diskussionen über kriminalpolitisch taugliche Regelbeispiele zu führen, die einheitliche Formulierung zu wählen und die Lösung des Problems geradewegs der Strafzumessung zu überlassen.

Der Einwand aus der Rechtsstaatlichkeit verliert aber seinen ganzen Sinn, wenn die Verabsolutierung der höchsten Strafe abgeschafft wird und das Gesetz dem Richter neben der lebenslangen Freiheitsstrafe noch eine Strafe zur Verfügung stellt. Dies war auch die ursprüngliche Regelung des § 211, sowohl der a.F. als auch der n.F. bis 1949.¹⁴

Allerdings gehört die Strafzumessung, der wir das Problem der treffenden Behandlung jeder vorsätzlichen Tötung überlassen, zwar in den Bereich des richterlichen Ermessens, sie ist aber von Willkür weit entfernt. Die Bewertungsfreiheit des Richters wird inhaltlich

11. Siehe oben, S. 34. In Wirklichkeit haben die Kriterien der Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag bei allen Verbrechen allgemeine (außertatbeständliche) Geltung. Sie spielen nämlich bei der Strafzumessung eine sehr wichtige Rolle. Siehe Köhler, in GA, 1980, S. 136.

12. Rüping, in JZ, 1979, S. 621, Siol, a.a.O., S. 164.

13. Vgl. Jähnke, Über die gerechte Ahndung vorsätzlicher Tötungen und das Mordmerkmal der Überlegung, in MDR, 1980, S. 706. Für die Untauglichkeit der Regelbeispieltechnik zutreffend Rangier, in ZStW, 92, S. 477f.

14. Siehe Geilen, Zur Entwicklung und Reform der Tötungsdelikte, in JR, 1980, S. 311, 314.

durch die gesetzlichen Bewertungsmaßstäbe und -gesichtspunkte kontrolliert.¹⁵ Zwar hat der Richter innerhalb dieser Grenzen einen freien Raum,¹⁶ aber er kann sich nicht rein gefühlsmäßig entscheiden, und im wesentlichen unterliegt er der Revisionskontrolle.¹⁷ In einer Zeit, in der die Wissenschaft fast einstimmig für die Zweiteilung des Strafprozesses plädiert,¹⁸ nämlich in einem Teil für die Tat- und Schuldfrage und einem Teil für die besondere Strafzumessungserörterung, und für die Strafzumessung ein besonderes Urteil fordert, bleibt die Rechtsstaatlichkeit durch die Entlastung des Tatbestandes von sinnentleertem Formalismus unberührt.¹⁹

Der weitere Einwand, daß die einheitliche Formulierung das Problem nicht löst, weil die Mordmerkmale des geltenden Rechts bei der Beurteilung der schweren Fälle wiederkehren, wie Rüping bezüglich der österreichischen Rechtsprechung sagt,²⁰ läßt unbeachtet, daß die österreichische und die schweizerische Rechtsprechung im Bereich der vorsätzlichen Tötung mit der Flexibilität der Strafzumessung und nicht mit der Starrheit der Tatbestandsmäßigkeit arbeiten. Deshalb gibt es hier keine dogmatischen und systematischen Probleme.

Was nun den Affekttotschlag, den Totschlag im eigentlichen Sinne, betrifft, sind wir im Gegensatz zum dänischen StGB der Meinung, daß er eine besondere Regelung und einen besonderen milderen Strafraum braucht.

Affekt,²¹ oder nach einigen Gesetzgebungen hitziger Zorn oder eine Jähzornsexplosion liegt vor, wenn psychische Kraft, ein Gefühl, ein Trieb usw. so plötzlich und jählings und in solcher Intensität erregt wird, daß ihre Entfaltung alle Skrupel und Hemmungen beseitigt und dann in einer maßlosen und sehr heftigen Handlung ihren Ausweg findet.²²

15. Bruns, S. 654ff, RG 54/22, 68/311, BGH 1/103, 1/77, 6/300, BGH, in JR, 1980, S. 420.

16. Peters, Strafprozeß, 2. Aufl., S. 569. In der dritten Auflage verzichtet er auf die besondere Erörterung der Revisionskontrolle über die richterliche Strafzumessung und verweist er auf die Literatur. Peters, 3. Aufl., S. 610.

17. Roxin, Strafverfahrensrecht, 16. Aufl., S. 302.

18. Blau, in ZStW, 81, S. 31ff, ders., in ZStW, 82, S. 571, Fischinger, in ZStW, 81, S. 49ff, Heinitz, Zweiteilung der Hauptverhandlung?, in v. Lübtow Fest., S. 385, Hermann, Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des angloamerikanischen Strafrechts, 1971, Roxin, 16. Aufl., 1980, S. 236.

19. Vgl. auch Rangier, in ZStW, 92, S. 478.

20. Rüping, in JZ, 1979, S. 621.

21. Siehe Steigleder, Mörder und Totschläger, 1968, S. 72ff.

22. Lersch, Aufbau der Person, S. 225, Strumpf, Motiv und Schuld, S. 25.

Eine solche Handlung ist zwar bewußt, weil der Affektimpuls auch durch die höheren Persönlichkeitsschichten hindurchgeht, aber die Geschwindigkeit und die Heftigkeit seiner Entwicklung sind so groß, daß es für das Bewußtsein sehr schwierig ist, ihn unter Kontrolle zu bringen und noch schwieriger, ihn zu verdrängen. Manchmal ist der Affekt so heftig, und seine Entwicklung so blitzschnell, daß er zu einer Explosion führt.²³ Ob viele von diesen Persönlichkeitsäußerungen Handlungen im herkömmlichen Sinne, d.h. mit allen voluntativen und intellektuellen Handlungsmerkmalen, sind, ist zu bezweifeln. Am besten wäre diese Frage der Schuldfähigkeitsprüfung zu überlassen.²⁴

Solche heftige Reaktionen auf Stimulationen der Umgebung kommen nicht nur bei primitiven und abnormen Persönlichkeiten oder bei Psychopathen vor, sondern auch bei normalen und entwickelten Persönlichkeiten, die aus verschiedenen Gründen in einem außergewöhnlichen Seelenzustand sind.²⁵

Vorsätzliche Tötungen, begangen in einem solchen Seelenzustand, stehen, vorausgesetzt daß dieser Zustand die Schuldfähigkeit weder vermindert noch ausschließt, zwischen den sozusagen normalen Tötungen und der verminderten Schuldfähigkeit. Auf der einen Seite haben sie nicht die große Verwerflichkeit der gemeinen vorsätzlichen Tötung, auf der anderen Seite aber genügt der Affekt auch nicht für einen Schuldausschluß oder eine Verminderung der Schuldfähigkeit. Der Affekttotschlag ist also kein besonderer Fall der verminderten Schuldfähigkeit.²⁶ Die Anwendung des § 21 ist auch beim Affekttotschlag möglich. Auch ein vermindert Schuldfähiger kann im Affekt töten. Wenn aber die Anwendung des § 21 die Annahme des Affekttotschlags ausschließen würde und umgekehrt, wenn die Anwendung des § 213 den § 21 ausschließen würde, würde die Stellung des vermindert Schuldfähigen verschlechtert. Denn bei der Ausschließung des Affekttotschlags durch die Anwendung des § 21 bleibt nur der Strafraum des § 212, vermindert durch das Maß des § 49 Abs. 1, nämlich von zwei bis zu elf Jahren und drei Monaten, während der bloß im Affekt, aber nicht auch in vermindelter Schuldfähigkeit Handelnde, unter dem sehr viel günstigeren Strafraum von sechs bis zu fünf Jahren liegt. Diese richtige

23. Rudolphi, Affekt und Schuld, in HenkelFest., S. 205.

24. Über den Affekt als Schuldverminderungsgrund im allgemeinen siehe Rudolphi, in HenkelFest., S. 199f.

25. Binder, in SchwZStW, 67, S. 318.

26. Wie z.B. der BGH, 11/20, 20/23, 20/133, meint. Zutreffend Köhler, Zur Abgrenzung des Mordes, erörtert am Mordmerkmal "Verdeckungsabsicht", in GoltdA, 1980, S. 135.

Auffassung wird besonders in der Schweiz vertreten.²⁷

Gerade deshalb sollten nicht alle Affekttötungen unter diese Privilegierung fallen.²⁸ In gewissen Fällen sind die Affekttötungen genauso verwerflich wie die gemeine vorsätzliche Tötung und ihre Täter genauso gefährlich, wenn nicht gefährlicher, wie z.B. im Fall des unempfindlichen, apathischen und gefühllosen Verbrechens,²⁹ der beim geringsten Anreiz ausbricht. Und wer aus nichtigen Gründen einen Menschen tötet, offenbart die schlechteste antisoziale Einstellung und die gefährlichste sozialfeindliche Willensrichtung. Also reicht nicht jeder Affekt aus, sondern er muß beträchtlich, allgemein begreiflich und entschuldbar sein. Wenn die Umstände den Täter als besonders gefährlich erscheinen lassen oder die Verwerflichkeit der Tat nicht vermindern, darf der Privilegierungstatbestand nicht zur Anwendung kommen.³⁰

Die Strafe des Affekttotschlags sollte nach unten nicht so niedrig sein, wie im geltenden deutschen Recht. Wir müssen immer vor Augen haben, daß auch der Affekttotschlag ein schweres Verbrechen ist, und daß der Täter unter dem übermäßigen Druck einer nicht von ihm selbst verursachten Konfliktsituation, aber auch nicht mit verminderten Schuldfähigkeit, handelt. Auf der anderen Seite, insoweit der Affekttotschlag eine unselbständige Privilegierung und nicht ein aliud gegenüber der gemeinen vorsätzlichen Tötung ist, sollte das Höchstmaß seiner Strafe höher als das Mindestmaß der Strafe der gemeinen vorsätzlichen Tötung sein, aus den Gründen, die wir schon erklärt haben.³¹ Die zugehörige Vorschrift könnte so formuliert werden:

"Mit Freiheitsstrafe von zwei bis zum zehn Jahren wird bestraft, wer die Tat in einem allgemein begreiflichen, heftigen und durch das Opfer provozierten Affekt begangen hat."

27. Hafter, Bd. 1, S. 18, Logoz, Par. spec., Bd. 1, S. 19, Stratenwerth, BT, S.31. Auch Androulakis, Strafrecht (auf griechisch), BT, Heft 1, S. 50f.

28. Herren, Die Gesinnung im Rahmen der vorsätzlichen Tötungsdelikte, insbesondere beim Mord, 1966, S. 51.

29. Kurt Schneider, Die psychopathischen Persönlichkeiten, 1944, S. 99.

30. Germann, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, 1942, S. 226, Hafter, Schw.Strafrecht, Bd.2, S. 17, Herren, a.a.O., S. 59, V. Liszt, in VD, Bd. 5, S. 60, Logoz, Part.spec., Bd. 1, S. 17, Thormann-Overbeck, Bd. 2. S. 11.

31. Siehe oben, S. 115ff. Vgl. auch Gössel, Überlegungen zur Reform der Tötungsdelikte, DRiZ, 1980, S. 284.

Anhang

Das Problem der lebenslangen Freiheitsstrafe

Nach dem endgültigen Verschwinden der Verbannung in eine überseeische Kolonie (*rélégation*, *transportation*) und der nach und nach fortschreitenden Abschaffung der Todesstrafe in Westeuropa als sog. Vernichtungsstrafe (*peine éliminatoire*) bleibt nur die lebenslange Freiheitsstrafe. Die Rechtsordnung versucht durch diese Strafe, wie einst auch durch die Todesstrafe und die Verbannung, zwei Zwecke zu erreichen: auf der einen Seite will sie abschrecken, auf der anderen die gefährlichsten Verbrecher zur Begehung weiterer Verbrechen unfähig zu machen.

In unseren Tagen aber ist auch die Androhung der lebenslangen Freiheitsstrafe sehr umstritten geworden. Anders als in der öffentlichen Meinung mehrten sich bei den Strafrechtlern stetig die Stimmen, die ihre Abschaffung und ihre Ersetzung durch eine zeitige Freiheitsstrafe von fünfzehn, zwanzig oder fünfundzwanzig Jahren fordern. Bis heute ist allerdings eine Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe nur ganz selten vorgenommen worden; die bekanntesten Beispiele sind Portugal und Mexico, die diese Strafe durch eine Freiheitsstrafe von zwanzig und dreißig Jahren ersetzt haben.

Die Problematik des Themas ist sehr komplex und eine eingehende Beschäftigung damit würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Allerdings ist das Für und Wider der Abschaffung bekannt.¹ Das Thema ist

1. Das Schrifttum ist nicht mehr übersehbar. Hinweisend nur erwähnen wir: Arzt, in ZStW, 83, S. 23f, Baumann, Mißlingt die Strafrechtsreform?, 1969, S.15, ders., Weitere Streitschriften zur Strafrechtsreform, 1969, S. 65ff, Bemann, Für und Wider der Vereinheitlichung der Freiheitsstrafe, in GA, 1967, S. 139, Dreher, in ZStW, 70, S. 562ff, Einsele, Zur lebenslangen Freiheitsstrafe, in Die Reform der lebenslangen Freiheitsstrafe, 1972, S. 25, Feige, Vom Vollzug der lebenslangen Freiheitsstrafe, ebd., S. 1, Grünwald, Das Rechtsfolgensystem des AE, in ZStW, 80, S. 99, Hanack, Die lebenslange Freiheitsstrafe in Straf- und Maßregelvollzug, in Kriminologische Gegenwartsfragen, 11, S. 72, Arth. Kaufmann, Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht, in JZ, 1972, S. 558, Müller-Dietz, Lebenslange Freiheitsstrafe und bedingte Entlassung, in Die Reform, S. 38, Otto, in ZStW, 83, S. 78, Schmidhäuser, AT, S. 761, ders., Vom Sinn der Strafe, 1971, S. 8ff, Triftener, Die Behandlung "Lebenslänglicher" in der Bundesrepublik, in ZRP, 1970, S.13, Triftener-Bietz, Strafaussetzung für Lebenslängliche?, in ZRP, 1974, S. 141. Gegen die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe Ancel, L'abolition de la peine de mort et le problème de remplacement, in FoxGedSchrift, S. 11ff, Levasseur, in Colloquio comemorativo, Bd. 1, S. 137, Jescheck, S. 616, Röhl, Über die lebenslange Freiheitsstrafe, 1969, S. 199.

für uns isofern wichtig, als es an den Gegenstand der vorliegenden Arbeit anknüpft; praktisch sind die Tötungsdelikte der häufigste Fall der Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe. Außerdem haben wir auch in unserem Vorschlag für die schwersten Tötungsfälle die lebenslange Freiheitsstrafe beibehalten.

Daß die Lösung des Problems der Bekämpfung der schweren Kriminalität und des Schutzes der Gesellschaft vor den unverbesserlichen antisozialen Elementen durch eine lebenslange Freiheitsstrafe sehr inhuman ist, braucht man nicht besonders zu betonen. Es ist offensichtlich. Der Strafgefangene wird zu einem lebendigen Toten degradiert und die Entmutigung und die Depression, die eine solche Strafe begleiten, sind so schwer, daß sie auch die stärksten und die mutigsten Sträflinge verderben, so daß die Todesstrafe vielleicht menschlicher wäre. Die Versagung jeder Hoffnung auf eine Rückkehr in die Freiheit, deren Erziehungskraft sehr groß ist, nimmt der Strafe jeden Zweck; insofern widerspricht die lebenslange Freiheitsstrafe dem Grundsatz jedes humanitären Strafvollzugs, der sich für und nicht gegen den Menschen auswirken muß; *nemo desperandus est*. Der Erzieher darf weder *ex definitione* die Unverbesserlichkeit eines Verbrechers, noch auf einen Erziehungsversuch verzichten.

Aber auch ihre präventiven Zwecke kann eine Vernichtungsstrafe, wenn sie eine ordentliche Strafe ist, nicht erreichen. Die Wissenschaft betont heute bis zum Überdruß die Tatsache, daß die Strafe gerade auf die Täter der schweren Kriminalität nicht abschreckend wirkt.² Denn die Abschreckung ist von verschiedenen Faktoren abhängig. Abschreckend wirkt nicht die strenge und schwere Strafe allein, sondern weit mehr das Risiko des Täters, gefaßt zu werden. Verschiedene Scharaktrzüge der gefährlichen Verbrecher, wie die Tollkühnheit und die Gleichgültigkeit gegenüber der Zukunft, machen gerade bei ihnen die Wirkung der Abschreckung zunichte.³ Allerdings beweisen

-
2. Antunes-Hunt, The Deterrent Impact of Criminal Sanctions: Some Implications for Criminal Justice Policy, in Freidman-Macaulay, Law and the Behavioral Sciences, 1977, S. 286, Chambliss, Types of Deviance and the Effectivness of Legal Sanctions, in Chambliss, Criminal Law in Action, 1975, S. 400, Kaiser, General Deterrence or General Prevention, in General Deterrence. A Conference on Current Research and Standpoints, The National Swedish Council for Crime Prevention, 1975, S. 335, Pinatel, La prévention général d' ordre pénal, in Revscrim, 1955, S. 554
 3. Kaiser, Verkehrsdelinquenz und Generalprävention, 1970, S. 386ff, Poss, Law, Science and Accidents, The British Road Safety Act, 1967, in Journal of Legal Studies, 1973, Heft, 2, S. 35.

die statischen Forschungen der Kriminologie, daß die bestinformierten Menschen über die Höhe der Strafe bei den verschiedenen Verbrechen und über die Arbeitsmethoden und die Leistungsfähigkeit der Strafjustiz und der Verfolgungsbehörden aus den Kreisen der Kriminellen stammen, während die nicht Kriminellen, auf deren Abschreckung die Generalprävention zum größten Teil abzielt, darüber nur unklare Vorstellungen haben.⁴

Trotzdem ist keine allgemeine Antwort auf die Frage nach der Beziehung zwischen der Strenge der Strafe und dem Stand der Kriminalität möglich. Nach 1968 sind mehr als zwanzig komplizierte statistische Forschungen darüber veröffentlicht worden, die sich aber in den Ergebnissen nicht einig sind.⁵ Auf jeden Fall aber können wir erfahrungsgemäß mit einer gewissen Sicherheit sagen, daß die Strafe bei Verbrechen, die, wie die Tötungs- und die Sittlichkeitsdelikte, überwiegend von der Psyche und nicht von der Logik abhängig sind, keine abschreckende und generalpräventive Einwirkung hat.⁶

Es bleibt nur die spezialpräventive Funktion der lebenslange Freiheitsstrafe, nämlich der Schutz der Gesellschaft vor höchstgefährlichen Elementen, deren Persönlichkeitsprüfung bei der Strafzumessung eine sehr hohe Rückfallgefahr zeigt. Dies sind aber Extremfälle, bei denen die lebenslange Freiheitsstrafe als eine außerordentliche Sicherungsmaßnahme erscheint. Das aber erzeugt in voller Schärfe die Antinomie zwischen dem Schutz der Gesellschaft und der Grundidee der Zweckstrafe. Eine allgemeine Lösung dieser Antinomie wäre vielleicht verfehlt. Abgesehen aber von dieser Antinomie steht heute auch der spezialpräventive Wert der lebenslange Freiheitsstrafe in Frage und die neue Tendenz orientiert sich an ihrer Beschränkung, wenn nicht an ihrer Abschaffung.

Unsere Meinung ist, daß obwohl der Argumentation ihrer Gegner völ-

-
4. Assembly of the State of California, 1968, Part One, S. 15. Darüber auch Kutshinsky, Knowledge and Attitude, Regarding Legal Phenomena in Denmark, in Scandinavian Studies in Criminology, Bd 2, S. 125, Robert-Faugeron, La Justice et son public, 1978, S. 65
 5. Erikson-Gibbs, Further Findings on the Deterrence Question and Strategies for Future Research, in Journal of Criminal Justice, 1976, 4, S. 175ff, Gibbs, Punishment and Deterrence, 1975, S. 176ff, Law Reform Commission of Canada, 1976, S. 40, Tittle, Crime Rates and Legal Sanctions, in Social Problems, 1969, S. 410ff. Zu Unterscheidungen der Verbrechen und der Kriminellen, bei denen die Abschreckung, wenn sie keine Vermutung ist, in verschiedenen Grad einwirken kann, siehe bei Breland, Lernen und verlernen von Kriminalität, 1975.
 6. Chambliss, a.a.O., S. 403.

lig zuzustimmen ist, wir auf die lebenslange Freiheitsstrafe als einer Sicherungsmaßnahme für seltene Extremfälle, bei denen das begangene Verbrechen eine unerträgliche Verletzung des gemeinen Rechtsbewußtseins darstellt und eine besonders gefährliche Persönlichkeit offenbart, nicht verzichten können. Außerdem ist die vorgeschlagene Ersetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe durch eine zeitige Strafe von zwanzig, fünfundzwanzig oder dreißig Jahren genauso willkürlich und inhumann wie die lebenslange. Denn diese Strafe wird auch absolut angedroht, und insofern gelten alle Einwände gegen jede absolut bestimmte Strafe auch gegen sie.

Auf der anderen Seite können wir nicht von vornherein für unabsehbare Zeit die Unverbesserlichkeit einer Persönlichkeit vorhersehen. Die lebenslange Freiheitsstrafe muß heute die Charakterzüge nicht nur einer Sicherungsmaßnahme, sondern zugleich auch einer Besserungsmaßnahme bekommen. Neben der Sicherung dürfen wir auch auf die Erziehung nicht verzichten, und deshalb müssen wir immer die Tür zu einer Aussetzung des Strafrestes, sobald eine günstige Prognose möglich ist, offen halten. Wir meinen, daß die beste Lösung der goldene Mittelweg ist, nämlich statt das Arsenal des Strafrechts ärmer zu machen, die bedingte Entlassung auch für die lebenslange Freiheitsstrafe einzuführen, die der Rechtsordnung die Möglichkeit offen läßt, dem Verbesserten eine Chance zu geben und die Gesellschaft vor der Gefährdung durch den Unverbesserlichen zu beschützen.

Das Problem der Erhaltung oder Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe erscheint in Deutschland besonders akut, und die Auseinandersetzung darüber hat einen Umfang wie kaum in einem anderen Land, weil Deutschland zu jenem sehr engen Kreis der Gesetzgebungen gehört, die für die lebenslange Freiheitsstrafe keinerlei Aussetzung des Strafrestes anerkennen und das Schicksal der Lebenslänglichen der unsicheren und nicht immer von kriminalpolitischen Gesichtspunkten gesteuerten Gnadenpraxis überlassen. Unter anderen Rechtsordnungen, die die Entlassungsmöglichkeit auch für die Lebenslänglichen nicht ausschließen, entsteht das Problem, wenn die Überprüfungspraxis wirklich funktioniert, entweder nicht oder doch nicht in dieser Schärfe. Wir sehen eigentlich keinen Grund dafür, warum die bedingte Entlassung Lebenslänglicher nicht eingeführt und statt dessen die lebenslange Freiheitsstrafe abgeschafft werden soll. Wir können die lebenslange Freiheitsstrafe behalten, sie aber als eine außerordent-

liche Sicherungsmaßnahme auf Extremfälle beschränken,⁷ ohne jedoch dem Gefangenen die Hoffnung für die Zukunft zu nehmen.⁸ Anders wäre es freilich, wenn wir von Vergeltungsgedanken ausgingen. Dann und nur dann könnten wir Jeschecks Einwänden gegen die bedingte Entlassung für Lebenslängliche zustimmen.⁹

Es bleibt nur die Frage nach der Zeit der bedingten Entlassung. Zwanzig Jahre, wie die Strafvollzugskommission empfiehlt, erscheinen uns als zu viel. Abgesehen davon, daß zwanzig Jahren im Gefängnis genügen, um den Gefangenen körperlich und seelisch zu ruinieren,¹⁰ ist es logischer, dem Gefangenen die Entlassungsmöglichkeit nach der Verbüßung des Höchstmaßes der zeitigen Freiheitsstrafe zu geben, besonders wenn dieses Höchstmaß nicht sehr hoch ist. In dieser Hinsicht scheint mir, daß fünfzehn Jahre, die § 48 II Nr.2 des AE vorschlägt, das Optimum bezeichnet.

7. In diesem Sinne auch der Entwurf des 17.StrÄG, Begründung, S. 9. Über die Unverzichtbarkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe, Woesner, in NJW, 1980, S.1140.

8. Siehe die sehr eingehende und interessante Studie Albrechts, Zur sozialen Situation "Lebenslänglicher", 1977.

9. Siehe Jescheck, S. 618. Dagegen für die Entlassung: Arzt, in ZStW, 83, S. 17, Baumann, Weitere Streitschriften, S. 163, Eisele, a.a.O., S. 33, Feige, a.a.O., S. 18. Müller-Dietz, a.a.O., S. 57ff, Röhl, a.a.O., S. 221, Sesar, in MschrKrim. 1980, S. 204, Trifftener, in ZRP, 1970, S. 18.

10. Siehe Albrecht, a.a.O., S. 398ff, 409, Dreher, in ZStW, 70, S. 562, Maurach, AT, 4. Aufl., S. 806, Maurach-Zipf, AT, Tb. 1, S. 376, Sessar, in MschrKrim, 1980, S. 204f.

LEBENS LAUF

Am 5. Oktober 1952 wurde ich, Christos Arvanitis, als Sohn des Mathematikers Johannis Arvanitis und seiner Frau Katherine, geb. Fikiotis, in Athen geboren.

Nach dem Abitur, Juni 1970, habe ich mich am 11. November 1970 nach der Aufnahmeprüfung an der Juristischen Fakultät der Universität Athen immatrikuliert. An dieser Fakultät dauert das Studium in der Regel vier Jahre und dazu braucht man ungefähr noch ein Jahr für das Examen.

Ich habe das Examen im Jahre 1975 mit der Note "sehr gut" und im Straf- und Strafverfahrensrecht und in der Kriminologie mit der Note "ausgezeichnet" bestanden.

Im Oktober desselben Jahres habe ich mich an der Juristischen Fakultät der Universität München immatrikuliert und seitdem bearbeitete ich das Thema der vorliegenden Dissertation bei Prof. Dr. Claus Roxin.

Im Januar 1977 habe ich in Athen die dem deutschen zweiten Staatsexamen entsprechende Prüfung bei dem Obersten Gerichtshof Griechenlands mit der Note "sehr gut" bestanden und seit April 1977 bin ich Rechtsanwalt in der Bezirk des Landgerichts Athen.

